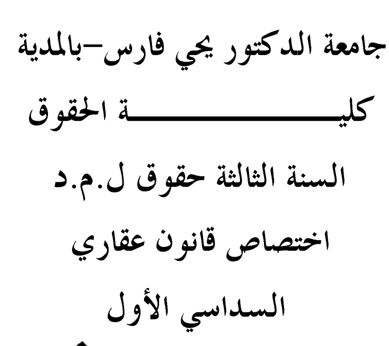

جامعة الدكتور يحي فارس-بالمدية

كليــــــــــــــة الحقوق

السنة الثالثة حقوق ل.م.د

اختصاص قانون عقاري

السداسي الأول







قام بكتابتها الطالب بركاني سلمان

قام بطبعها الطالب: بويحي سمير

السنة الجامعية 2008/2009



- تطور نظام الترقية العقارية في الجزائر
- علاقة المتعامل في الترقية العقارية بالمشتري
- علاقة المؤجر بالمستأجر
- الملكية المشتركة
- عقود الترقية العقارية: (عقد البيع بناء على التصميم/ عقد البيع قبل الانجاز/ عقد البيع بعد الانجاز/عقد الإيجار)



I- الترقية العقارية قبل صدور القانون رقم 86-07:

إن الحاجة الملحة للسكن هي التي جعلت منه مطلبا ملحا تسعى الدول لتحقيقه، فالسكن كان ولا زال أحد أولويات الدولة الجزائرية وكانت الدولة قبل صدور أول قانون يهتم بالترقية العقارية هي المتعامل الوحيد في هذا القطاع ولطالما اعتبرت السكن حق مضمون لكل مواطن، وفي هذا الإطار قامت بتخصيص مبالغ مالية ضخمة لإنجاز السكن بإشراف البلديات ومقاولات البناء العمومية والمؤسسات الإدارية ذات الطابع العمومي وفضلا عن إشرافها على عمليات إنجاز السكنات، كانت الدولة هي المحتكر الوحيد محليا لمواد البناء وملحقاتها وكانت هي المشرفة على توزيعها وتسويقها وخارجيا على المستوى الخارجي كانت تتولى الدولة عملية تمويل وتوزيع مواد البناء المستوردة.

من خلال ما سبق يتضح لنا سياسة الاحتكار والتمويل العمومي لعملية إنجاز السكنات هذا الذي أدى إلى تفاقم مشكلة السكن خاصة مع تزايد الطلب عليه من جهة وندرة مواد البناء وفقدانها أحيانا أخرى هذه الوضعية هي التي دفعت المشرع إلى التدخل قصد إدراك الأوضاع وبذلك أصدر القانون رقم 86-07 المؤرخ في 1986/03/04 فما هو وضع الترقية العقارية في ظل هذا القانون؟.

الترقية العقارية في ظل قانون رقم 86-07 صدر قانون 86-07 في ظل ظروف اقتصادية تميزت بانخفاض الموارد المالية الإجمالية للجزائر مما أثر سلبا على الميزانية المخصصة لقطاع السكن ومن أهم النقاط التي جاء بها القانون 86-07 هو فتح مجال الترقية العقارية أمام الخواص بعدما كان ذلك محتكرا من طرف القطاع العام ويمكن أن ندرج عدة ملاحظات حول هذا القانون:

1-لا يعترف القانون 86-07 بصفة المرقي العقاري للخواص وكانت الترقية العقارية حكرا على الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية OPJI-EPLF في تلك الحقبة رغم كونها تفتقد للوسائل والكفاءات التقنية اللازمة للتخطيط وبرمجة المشاريع.

2-تميز التعامل العقاري في تلك الفترة بقيود منع التصرف فيه بين الأشخاص خاصة وأن قانون 74-260 المتعلق بالاحتياطات العقارية يمنع الأفراد من بيع عقاراتهم للخواص وقد نص نفس القانون على إلزام الخواص ببيع عقاراتهم لصالح البلديات مما كان يشكل عائقا أمام تطور الترقية العقارية.

3-موضوع الترقية العقارية طبقا لقانون 86-07 كان يتعلق بالمشاريع ذات الاستعمال السكني أما المحال ذات الاستعمال التجاري والحرفي والصناعي فلم تكن تشكل موضوعا للترقية العقارية إلا إذا كانت ملحقة بالمحال السكنية.

4-فضلا عما سبق ذكره فإن الترقية العقارية في ظل القانون رقم 86-07 رافقتها إجراءات صارمة كانت تشكل عائقا أمام الخواص حتى ينجزوا مشاريعها في هذا الإطار.

5-نلاحظ عموما أن الترقية العقارية في ظل القانون 86-07 كانت هزيلة و لم تغط الطلب المتزايد للسكن كما أن السكنات التي شرع في إنجازها قد توقف كثير منها نتيجة للأوضاع السابقة الذكر بالإضافة إلى أن السكنات المنجزة لم تكن تتمتع بالجودة والنوعية المطلوبين، كل هذه العوامل استدعت ضرورة إعادة النظر في هذا القانون.

II- الترقية العقارية في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01/مارس/1993 المتعلق بالنشاط العقاري: إن الإطار الاقتصادي والاجتماعي والسياسي الجديد أصبح بشكل باعثا جديا يستدعي إعادة النظر في القانون رقم 86-07 الذي لم تعد أحكامه تنسجم مع المتغيرات الموجودة فمثلا دستور 1989 كرس الملكية الفردية وفتح المجال لحرية المعاملات بالإضافة إلى القانون رقم 90-25 المؤرخ في 1990/11/16 المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم خاصة المادة 74 منه التي تنص على تحرير المعاملات العقارية وتؤكد على عدم خضوع المعاملات العقارية لأي شرط غير الشروط المتعلق بأهلية الأفراد وإيراداقم وكذلك القانون رقم 90-10 المؤرخ في 1990/04/14 المتعلق بالنقد والقرض الذي منح للبنوك الاستقلالية في منح القروض، كل هذه المعطيات استدعت إصدار قانون جديد ينظم الترقية العقارية وفقا لها وبالفعل صدر المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري في إطار قانوني جديد يساير التطورات الاقتصادية الناتجة عن الإصلاحات الأخيرة يحتوي على 05 فصول:

-الفصل الأول:يتعلق بالترقية العقارية.

-الفصل الثاني:يتعلق بعلاقة المتعامل في الترقية العقارية بالمشتري.

-الفصل الثالث:علاقة المؤجر بالمستأجر.

-الفصل الرابع:الملكية المشتركة.

الفصل الخامس:ويتضمن أحكاما انتقالية.



1-تعريف الترقية العقارية:

لنا أن نستخلص من نص المادة 02 من القانون 93-03 فتنص هذه الأخيرة على مايلي: «يشتمل **النشاط العقاري** على **مجموع الأعمال** التي **تساهم** في **إنجاز** أو **تحديد** الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة. »

يثير نص المادة 02 المذكورة أعلاه العديد من التساؤلات نظرا لغموض ولبس المصطلحات المركبة لهذه المادة يمكن أن نبينها على النحو التالي:

-أول ما يلاحظ على المادة 02 اختلاف الصياغة أو عدم دقة الترجمة بين النصين الفرنسي والعربي، فالنص باللغة العربية مثلا يذكر مصطلح النشاط العقاري في حين أن النص باللغة الفرنسية يعالج الترقية العقارية، والفرق شاسع بين المصطلحين، فالنشاط العقاري يشمل كل المعاملات والتصرفات القانونية والمادية الواردة على العقار أو المتعلقة به كبيع العقار وتأجيره وإعداد نظام الملكية المشتركة وبناء العقارات وهدمها وإدارة الشيوع العقاري وقسمته وتسيير العقارات بغض النظر عن نوع العقار وطبيعته والهدف منه في حين أن الترقية العقارية هي نوع من النشاط العقاري ومظهر من مظاهره وتتعلق بنوع معين من النشاطات سنحددها لاحقا عند بيان موضوع الترقية العقارية.

والراجح أن النص باللغة الفرنسية أسلم وأكثر موضوعية من النص العربي فالمادة جاءت تحت الفصل المتعلق بالترقية العقارية مما يفيد أن المقصود هو الترقية وليس النشاط العقاري وهذا يستلزم بالضرورة أن نص المادة 02 الفقرة 2 يعالج موضوع الترقية العقارية.

وإن عبارة مجموع الأعمال التي تساهم...تثير الكثير من اللبس والغموض لعموميتها لذلك يجب أن نتساءل عن معنى عبارة (مجموع الأعمال) هل المقصود منها كل الأعمال بإطلاق هذا اللفظ أو مجرد الأعمال القانونية والمالية والإدارية التي يتعين على المرقي العقاري القيام بها بنفسه أو بواسطة الغير.

- لم تحدد المادة 02 ضابطا يبين من هو المرقي العقاري فمثلا الفقه الفرنسي وضع معايير من خلالها تحدد أن القائم بهذه الأعمال هو المرقي العقاري (يعد مرقيا عقاريا) ومن بين أهم الضوابط التي وضعها الفقه الفرنسي هو أن يتولى هذا الشخص زمام المبادرة والعناية الرئيسية للعملية فبدون هذا المعيار لا يمكن التمييز بين الترقية العقارية وغيرها من الأعمال.

-إن عبارة المادة 02 المحددة لمجموع نشاط الترقية العقارية هي مادة عامة لا تخلو من إثارة المسائل القانونية فعبارة يستعمل.. يساهم فلو طبقنا النص بحرفيه للزم ذلك أن كل شخص طبيعي أو معنوي يساهم في عملية الإنجاز أو التجديد، مهما كانت صفته يعد مرقيا عقاريا، ويترتب على ذلك أنه يمكن اعتبار المهندس المعماري الذي يصمم لبناء

ومكتب الدراسات الذي يعد الحسابات والمقاسات والمقاول الذي يشرف على تنفيذ المشروع والمراقب التقني الذي يراقب مطابقة الأعمال للأصول وقواعد فن العمارة كلهم مرقين عقاريين طبقا لنص المادة 02، وهذا أمر غير مقبول لأن صفة المرقي العقاري لا يتمتع بها هؤلاء كما يترتب على هذا أنه يعد المرقي العقاري تاجرا طبقا للمادة 03 الفقرة 02 ولا يمكن اعتبار المهندس المعماري تاجرا بل هو صاحب مهنة حرة لا تخضع للقانون التجاري بل يحكمه المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 1994/05/18 المتعلق بمهنة المهندس المعماري.

يترتب على التعريف الوارد في المادة 02 أنه يعد مرقيا عقاريا كل شخص يساهم في الأعمال الثانوية وبمفهوم المخالفة لا يعد مرقيا عقاريا كل شخص يقوم بالأعمال الرئيسية فلفظ المساحة يعبر عن الأعمال الثانوية دون الأعمال التي يقوم بها المرقي العقاري رئيسية كانت أو ثانوية، وحتى يعد الشخص مرقيا عقاريا يجب توفر فيه شرطان:

*أخذ المبادرة والعناية الرئيسية ونعني بالمبادرة التفكير في العملية والتخطيط لها والبدء في أول مراحلها، أما العناية فهي الوقوف على العملية وتوجيهها.

*قيامه مباشرة أو بواسطة الغير بكل أو بجزء من العمليات التي يتطلبها المشروع مثل طلب رخصة البناء، تمويل المشروع، التعاقد مع المقاولين والمهندسين وغيرهم ممن يتدخل في عملية البناء واعتبار لهذين الشرطين رأى جمع من الأساتذة ضرورة إعادة النظر بصياغة نص المادة 02 وقد حاول بعضهم تعريف الترقية العقارية «ذلك النشاط العقاري الذي يقوم به الشخص من أجل إنجاز أو تشييد مباني بغرض بيعها أو تأجيرها أو استعمالها لتلبية حاجات خاصة ملتزما بأخذ زمام المبادرة والعناية الرئيسية في عملية الإنجاز أو التجديد وبأن يباشر بنفسه أو بواسطة الغير كل أو بعض الأعمال التي تتطلبها العملية.» وتطبيقا لهذا التعريف فإننا لا نكون بصدد الترقية العقارية إلا إذا توفرت الشروط الآتية:

-أن ينصب النشاط على عملية البناء بصفة عامة.

-أن يتولى المرقي العقاري أخذ زمام المبادرة.

- أن يباشر المرقي بنفسه أو بواسطة الغير كل أو بعض العمليات التي يتطلبها البناء.

و إذا توفرت هذه الشروط اعتبر الشخص مرقيا عقاريا بغض النظر عن موضوع الترقية العقارية سواء كان القائم بهذه العملية شخص طبيعي أو معنوي وسواء كان هذا العمل لحسابه أو لحساب الغير.

2-موضوع الترقية العقارية:

«...إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة.».

أ/معنى الإنجاز والتجديد، يتشكل موضوع الترقية العقارية من مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز وتجديد الأملاك العقارية والسؤال الذي يجب علينا طرحه هو: هل هذه الأعمال الواردة في المادة مذكورة على سبيل الحصر أو المثال؟ فهل الترقية العقارية تشمل عملية الإنجاز والتجديد فقط؟ أم تنصرف على كل أعمال البناء من تشييد وترميم وتوسعة وتعلية وهدم وكذا الأعمال الصغيرة من بياض ودهان أو لا؟.

عند تعريفنا للترقية العقارية قلنا أنها مجموع الأعمال التي يقوم بها المرقي حيث يأخذ زمام المبادرة والعناية الرئيسية في العملية بنفسه أو بواسطة الغير ولا دخل لحجم الأعمال في تحديد الترقية العقارية، فضلا عن ذلك فإنه بالرجوع لأحكام الضمان العشري نجد أنه يتعلق بكل أعمال البناء والتشييد والإنجاز والترميم والتوسعة والتعلية ومادام الضمان العشري يشمل كل هذه العناصر فهي تعد إذن من مواضيع الترقية العقارية وعليه فإن موضوع الترقية العقارية لا يشمل الإنجاز والتجديد بالمعنى الضيق للكلمة.

ب/ يشمل الأملاك العقارية التي تشكل موضوعا للترقية العقارية المباني دون الأراضي الفضاء أو المنشآت الثابتة (الأنفاق، الجسور..) بغض النظر عن الغرض من إنجاز هذه السكنات سواء كانت معدة للاستعمال السكني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي.

جـــ/حددت المادة 02 من المرسوم 93-03، الغرض من إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية، فالترقية العقارية حسب النص تكون مخصصة إما للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة.

*البيـــــع: طبقا لنص المادة 351 من القانون فإن البيع هو عقد يلتزم بمقتضاه البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري مقابل ثمن معلوم وعقد البيع في إطار الترقية العقارية يضم كل من عقد البيع قبل الإنجاز، وعقد البيع بعد الإنجاز ويرتب آثار قانونية (ضمانات لم تكن موجودة في القانون المدني).

*الإيجــــــــار: إن المحال المنجزة في إطار المرسوم التشريعي 93-03 سواء كانت مخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة يمكن أن يخصصها المرقي للإيجار وقد ضمنها كذلك المرسوم 93-03 بضمانات لم تكن موجودة في القانون المدني.

*تلبية حاجات خاصـــة: تهدف الترقية العقارية لتلبية حاجات خاصة للقائمين بهذه العملية فمالك الأرض يتعاقد مع المهندس المعماري والمقاول واحدا أو أكثر حتى ينجز له بناء مخصصا له ولحاجاته فهو لا يهدف من خلال هذا البناء التجارة وتعد هذه الطريقة من أقدم ما عرفه الإنسان من أجل الترقية العقارية ومن أشكال الترقية العقارية التي تهدف لتلبية خاصة لدينا التعاونيات العقارية المدنية في الجزائر حيث تقوم الشركة بشراء الأرض ويقدم الشركاء حصصا مالية حسب ما اتفق عليه فإذا ما تم الإنجاز وصفيت الحسابات تحل الشركة ويتحول الشركاء إلى ملاك وهي لا تخضع لأحكام المرسوم طبقا للمادة 05 من المرسوم 93-03.



علاقة المتعامل في الترقية العقارية بالمستفيد



يعتبر عقد البيع بناء على التصاميم من أحدث العقود، التي تناولها المشرع الجزائري في المرسوم التشريعي 93-03 فهذا العقد لا نجد له مقابلا في القواعد العامة (القانون المدني) وذلك خلافا لما هو عليه الحال في التشريع الفرنسي الذي عرف هذا النوع من العقود منذ مدة طويلة تعود لسنة 1954 بصدور المرسوم رقم 54-1123 المؤرخ في 1954/11/10 والذي عدد التزامات كل من بائع العقار قبل التشييد في مجال المحلات ذات الاستعمال السكني بدءا من اقتراض المبلغ المالي المخصص لتحويل المشروع إلى كيفية تحديد ثمن البيع وكيفية إعلام المشتري بالثمن وطريقة تحديد الثمن، كما حدد نظام المسؤولية وتوقيع الجزاءات المالية والتي لم تعرف التطبيق إلا في سنة 1957 ثم صدر قانون رقم 67-03 المؤرخ في 1967/01/03 المتضمن لأحكام خاصة بعقد البيع قبل الإنجاز حيث أوجد هذا القانون ضمانات قانونية تحمي المشتري وهذه الضمانات لم تكن كسابقتها المعروفة في القانون السابق كما وسعت من نطاق المسؤولية الخاصة للمرقي بحيث لم تعد تقتصر فقط على الأشخاص الذين تربطهم مع رب العمل علاقات قانونية كعقود المقاولة وغيرها، وقد عرف هذا القانون عدة تعديلات في سنة 1967 وفي سنة 1971 وفي سنة 1976 و1978 وقد عرف هذا النوع من العقود في التشريع الفرنسي، تمت تسمية بيع العقار بناء على التصاميم وهي نفس التسمية التي أوردها المشرع الجزائري في المرسوم التشريعي 93-03 غير أن المشرع الفرنسي عدل التسمية إلى بيع العقار تحت الإنشاء أو بيع العقار طور الإنجاز.

كما عرف هذا العقد تحت تسمية عقد البيع تحت الإنشاء في مصر وما يلاحظ على أحكام عقد البيع تحت الإنجاز في التشريع المصري أنه لم يحظى بنصوص خاصة بل اكتفى المشرع بتطبيق القواعد العامة عليه.

أولا: مفهوم عقد البيع بناءا على التصاميم:

تسمح المادة 09 من المرسوم التشريعي 93-03 للمتعامل بتقنية البيع بناءا على التصاميم حيث تنص على مايلي: «يمكن للمتعامل في الترقية العقارية أن يبيع لأحد المشترين بناية أو جزء من بناية قبل إتمام الإنجاز شريطة تقديم ضمانات تقنية مالية كافية كما تنص على ذلك المواد 10،11،17،18، أدناه وفي هذه الحالة تستكمل صيغة المعاملة التجارية بعقد البيع بناءا على التصاميم وتكون خاضعة للأحكام المنصوص عليها في هذا الفصل. »

عند استقراءنا لنص المادة 09 وغيرها من المواد نجد أن المشرع لم يعرف عقد البيع بناءا على التصاميم تاركا الأمر للفقه والقضاء بخلاف المشرع الفرنسي الذي عرفه في المادة 01-1601 من القانون الفرنسي الموافق للمادة 08 إلى 01/216 من قانون البناء والسكن، ويمكن تعريف عقد البيع بناءا على التصاميم بناءا على هذه المواد بأنه ذلك العقد

الذي يلتزم فيه البائع بتشييد بناء خلال الآجال المحددة في العقد ويأتي في أحد الصورتين إما يكون في شكل البيع المؤجل أو بيع في حالة الإنجاز المستقبلي وهذا النوع الأخير هو الأكثر انتشارا بحيث تكون فيه نقل الملكية ودفع الثمن حسب مراحل تقدم الإنجاز، وتساهم الأقساط التي يقدمها المشتري في تمويل عملية البناء وقد حاول بعض الأساتذة تعريف عقد البيع تحت الإنشاء من بينهم الأستاذ براتون هات فانجي بأنه ذلك البيع الذي يقع على عقار لم يشيد بعد يلتزم بمقتضاه بالإنجاز والالتزام بنقل الملكية للمشتري وهذه الطريقة تسمح للمشيد من الحصول على السيولة المالية التي تساعد في تجميع رأس مال المشروع وذلك ببيع العقار قبل وأثناء مراحل الإنجاز.

وقد حاول تعريفه أساتذة آخرون من بينهم سمير عبد السميع الأودن فقد عرفه بأنه: «عقد تمليك عقار تحت الإنشاء ذلك يرد على محل لم يتم إنشاؤه بعد وبموجب هذه العقد يتعهد المملك بإنشاء عقار معين وفقا لنماذج معينة تحددها وثائق العقد، كما يتعهد بنقل ملكية هذا العقار إلى المكتب وتسليمه إياه. »

وعرفه ويس فتحي بأنه: «عقد بيع عقاري محله عقار محل التشييد يلتزم بمقتضاه المرقي (البائع) بأن يتم عملية التشييد في الأجل المحدد المتفق عليه وبالمواصفات المطلوبة وبنقل الملكية للمشتري الذي يلتزم بدفع الثمن أثناء التشييد دفعات تحدد قيمتها وطريقة دفعها بالاتفاق.» ونلاحظ أن هذا التعريف ركز على الالتزامات التي يرتبها عقد البيع بناءا على التصاميم على عاتق البائع، ويمكن لنا في الأخير أن نعرف عقد البيع بناءا على التصاميم بأنه «ذلك العقد الذي يتم فيه تمليك عقار لم يشيد بعد أو مازال في طور الإنجاز بنقل ملكية الأرض محل التشييد مع البناية محل الإنجاز للمشتري أو لجزء من البناء بمجرد شهر العقد بقوة القانون سواء كانت المحال ذات استعمال سكني أو تجاري أو صناعي أو حرفي... حيث يلتزم البائع بصفته مرقي عقاري بالإنجاز خلال الأجل المحدد في العقد وبالمواصفات المطلوبة والمطابقة لقواعد البناء والتعمير مع تقديم ضمانات مالية وتقنية كافية وتسليم البناية للمشتري ويلتزم هذا الأخير بصفته المستفيد من البناية بدفع تسبيقات مجزأة على مراحل التشييد مخصومة من ثمن البيع بحسب الاتفاق الوارد في العقد مع قابلية هذا الأخير للمراجعة وبتسلم هذا البناء.»

يمكن أن نستنتج خصائص عقد البيع بناءا على التصاميم كمايلي:

-عقد البيع بناءا على التصاميم هو عقد رسمي يحرره الموثق وفقا للنموذج الذي حدده المرسوم رقم 94-58 ثم يكون هذا العقد مسجلا لدى مصلحة الضرائب مشهرا لدى المحافظة العقارية.

-يتمثل هذا العقد على الأرض محل الإنجاز وهي ملك للبائع وقت التعاقد كما يشمل البناء أو جزء من البناء سواء كان فردي أو جماعي وهو غير موجود أثناء التعاقد.

-تنتقل ملكية العقار بمجرد شهر العقد بقوة القانون.

-التزام البائع بالإنجاز وإتمامه خلال الأجل المتفق عليه.

-التزام البائع بمطابقة البناء مع القواعد الواردة في قانون البناء والتعمير.

-يرتب هذا العقد ضمانات للمشتري من خلال إلزام البائع بالانخراط وتأمين إجباري يكتتبه لدى صندوق الكفالة المتبادلة إضافة إلى التأمين عن مسؤولية السنوية عند إتمام الإنجاز والضمان العشري.

-بالإضافة إلى التزامه بتسليم البناية للمشتري.

ثانيا: خصائص عقد البيع بناءا على التصاميم:

يمتاز عقد البيع بناءا على التصاميم بجملة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود ويمكن أن نستخلص هذه الخصائص من القواعد العامة المقررة في الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، كما يمكن أن نستخلصها من أحكام المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بأحكام النشاط العقاري.

أ/خصائص عقد البيع بناءا على التصاميم طبقا للقواعد العامة:

يتميز عقد البيع بناءا على التصاميم بجملة من الخصائص تتمثل في:

-**أنه عقد مسمى**: نظمه المشرع بأحكام خاصة تناولها المشرع بموجب المرسوم التشريعي 93-03 المتضمن النشاط العقاري.

-**أنه عقد بسيط**: يعتبر عقد البيع بناءا على التصاميم من العقود البسيطة وليس من العقود المركبة باعتبار أن أحكامه نظمها قانون واحد وهو المرسوم التشريعي 93-03 .

-**أنه عقد معاوضة**: طبقا لنص المادة 58 من القانون المدني فإن العقد الذي يأخذ فيه كل متعاقد مقابلا لما يعطيه يعتبر عقد معاوضة وطبقا لهذا فإن عقد البيع بناءا على التصاميم يعد من عقود المعاوضة فالبائع يأخذ الثمن في حين أن المشتري يستفيد من البناية المنجزة.

-**أنه عقد ملزم لجانبين**:فهو حسب المادة 55 من القانون المدني فهو عقد تبادلي يرتب التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين بحيث يلتزم البائع بالقيام بما هو لازم من جهته لاكتتاب العقد وشهره حتى تنتقل الملكية إلى المشتري كما أنه ملزم بالضمان وبحسن الإنجاز والمطابقة وبتسليم المبيع وبالمقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن وفقا للكيفية المتفق عليها وبتسليم العقار محل الإنجاز، ويترتب على إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماتهما التعاقدية فسخ العقد كما تترتب تبعة الهلاك على البائع الملزم بالإنجاز.

-**أنه عقد محدد وليس من العقود الاحتمالية**: حيث أنه كل طرف في العقد يعرف مقدار ما يعطيه ومقدار ما يأخذه من التعاقد فالمشتري يكون على دراية بالعقار محل الإنجاز من خلال التصاميم المنجزة، في حين أن البائع يكون ملزما بإنجاز البنايات خلال الأجل المتفق عليه وطبقا للتصميم والمواصفات المتفق عليها بين الطرفين، كما يحدد البائع الثمن التقديري مع إمكانية تحديد نسبة الزيادة في حالة مراجعة الثمن وعلى أساسها يعرف المشتري مسبقا أقصى ما يمكن إضافته إلى الثمن التقديري، إلا أن عدم تحديدها قد يعرض المشتري لزيادة غير متوقعة تفاجئه بارتفاع القسط النهائي

المتفق عليه، وفي هذه الحالة نعتبره عقد احتمالي، ويبقى من حق المشتري اللجوء إلى القضاء لطلب رد الالتزام إلى الحد المعقول خاصة وأن البائع قد يستغل حاجته للمحل.

–أنه من العقود الفورية وليس الزمنية: إن الأصل في عقد البيع من العقود الفورية وبالرجوع إلى خصائص عقد البيع بناءا على التصاميم فإن الزمن يعتبر ضابطا لتنفيذ التزامات لأطراف المتعاقدة وعنصرا جوهريا في العقد من خلاله يتملك المشتري العقار في طور الإنجاز وفي مقابل هذا يلتزم البائع بإتمام الإنجاز خلال المدة المتفق عليها في العقد وبتسليمه وفقا للأجل المتفق عليه ويترتب على المتأخر في تنفيذ التزامات البائع غرامات تأخيرية، كما أن الثمن يحدد بشكل تقديري قابل للزيادة وعليه نلاحظ أن الزمن له أهمية في تحديد الزيادة خاصة مع ارتباط هذه الأخيرة بالظروف الاستثنائية العامة وغير المتوقعة وبالمقابل فإن التزام المشتري بدفع الثمن يكون مجزأ على أقساط يرتبط أساسا بتقدم الأشغال وهذه الخصائص تتوفر خاصة في العقود الاحتمالية ورغم هذا يرى جانب من الفقه أن عقد البيع بناءا على التصاميم لا يعتبره من العقود الزمنية بل من العقود الفورية يترتب على أحد المتعاقدين في تنفيذ أحد التزاماته التعاقدية كتأخر البائع في الإنجاز أو تسليم العقار محل الإنجاز للمشتري أو أن يتخلف المشتري في دفع أحد الأقساط في الأجل المتفق عليه فإن هذا التأخير لا يؤثر في وجود العقد ما دام يوجد بديل لتنفيذ الالتزامات كإلزامه بالتنفيذ العيني من خلال الصورة الأولى وبائع العقار بناءا على التصاميم إذا توقف عن عملية التشييد فإن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة يخطر المشتري بحالة التوقف ليمتنع هو الآخر عن تسديد الأقساط باعتبار أن البائع توقف عن الإنجاز بعد التشييد ويمكن للمشتري في هذه الحالة أن يلزم البائع بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا بعد إنذاره وفي حالة عدم استجابته يمكن للمشتري أن ينفذ التزام البائع على نفقته.

–أنه من عقود الإذعان: إذا سلمنا بأن هذا العقد هو من عقود المساومة فإنه يكون للمتعاقدين الحرية في مناقشة وكما هو معلوم وفي ظل الحاجة للسكن وموازاة للظروف الاقتصادية الراهنة فإن إقبال المشتري على هذه العقود يكون غالبا دون مناقشة لشروط العقد خاصة فيما يتعلق ببند مراجعة السعر التقديري تجعل من إرادة الطرفين غير متكافئة وتكون متروكة لإرادة البائع بحسب الظروف المستقبلية وفي هذا الإطار كَيَف جانب من الفقه عقد البيع بناءا على التصاميم بأنه من عقود الإذعان.

فما هو عقد الإذعان؟

يعرف الدكتور عبد المنعم البدراوي بأنه «أن العقد المساومة الحرة هي العقد التي تملك فيها كل من المتعاقدين حرية مناقشة شروط التعاقد وهذا شأن غالبية العقود الخاصة أما الآن فقد أدى التطور الاقتصادي الحديث إلى أوضاع لا يستطيع فيها المقام لمثل تلك المناقشات والمفاوضات وأصبح أحد المتعاقدين في حالات كثيرة يحدد شروط العقد مقدما على نحو لا يقبل المناقشة ويعرضها على الجانب الآخر الذي يكون له إما أن يقبلها كما هي بدون مساومة وإما ينصرف

عن العقد ولما كان هذا الأخير في غالب الأحيان مضطرا إلى التعاقد لاتصاله بمرافق أساسية لا غنى عنها فإنه في الواقع يذعن الآخر بدون شروط.»

من خلال هذا التعريف وغيره من التعريفات يمكن أن نستخلص 03 ضوابط لمعرفة عقد الإذعان وهي كالآتي:

*أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرافق تعد من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

*احتكار السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو على الأقل وجود سيطرة تجعل المنافسة محدودة النطاق.

*توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة إلى كل فئة منها.

بإسقاط هذه الخصائص على عقد البيع بناءا على التصاميم نلاحظ افتقاده للشرط التالي المتعلق بالاحتكار إلا أن الواقع العملي يلزم المشتري الذي لا يملك الثمن الإجمالي لشراء مسكن في إطار عقد بيع عادي ولا تتوفر فيه شروط امتلاك السكن الاجتماعي بواسطة البيع بالإيجار يكون ملزما باللجوء لعقد البيع بناءا على التصاميم سواء كان ذلك في إطار سكنات تساهمية أو ترقوية، كما أن كثرة الطلب على السكن تجعل البائع في مُكنة من الاختيار بين عدد من الطالبين، وبهذا نلاحظ أن هذا العقد هو أقرب إلى عقد الإذعان منه إلى المساومة رغم افتقاره إلى حد ما لخاصية الاحتكار.

-**أنه من العقود الشكلية:** وذلك لأنه وارد على عقار.

-**أنه وارد على عقار غير موجود عند التعاقد وإنما قابل للوجود في المستقبل** (**المادة 92 من القانون المدني**).

ب/خصائص عقد البيع بناءا على التصاميم بالنظر إلى المرسوم 93-03 :

بالنظر إلى المرسوم 93-03 فإن عقد البيع بناءا على التصاميم يتميز بالحماية المقررة للمشتري سواء تعلق الأمر بالضمانات العامة أو الضمانات الخاصة (الضمان السنوي، الضمان العشري...) ويتميز كذلك بالنظر للطابع التجاري للترقية العقارية بأنه يكون للمستفيد الحق في الأسبقية في حالة إفلاس المرقي العقاري.

ثالثا: أركان عقد البيع بناءا على التصاميم:

أ/التراضي: ينعقد عقد البيع بناءا على التصاميم بتطابق إرادة البائع مع إرادة المشتري حول المسائل الجوهرية للعقد وهي البيع والمبيع والثمن.

***البائع:** لا يمكن للبائع أن يلجأ إلى البيع بناءا على التصاميم إلا إذا كان يتمتع بصفة المرقي العقاري تاجرا حسب نص المادة 03 باستثناء الشركات المدنية العقارية حسب المادة 05 لا تعد تاجرة إذا كانت تقوم أو تهدف لتلبية الحاجات الخاصة للشركاء، وقد نصت المادة 04 من نطاق الأعمال التجارية حيث اعتبرت أعمالا تجارية بحكم الغرض كل نشاطات الاقتناء والتهيئة للأوعية العقارية قصد بيعها أو تأجيرها، كل نشاطات توسطية في الميدان العقاري لاسيما بيع الأملاك العقارية أو تأجيرها، كل نشاطات الإدارة والتسيير العقاري لحساب الغير، ويترتب على اكتساب المرقي

العقاري لصفة التاجر أن نشاطه لا يكون مقبولا إلا إذا كان يتمتع بالأهلية اللازمة للقيام بالأعمال التجارية المادة 06 من المرسوم 93-03 وهي 19 سنة كاملة حسب القانون المدني ولكن بالنسبة للقصر عند حصولهم على الترخيص، كما يكون ملزما بمسك الدفاتر التجارية وبالقيد في السجل التجاري وذلك طبقا للمرسوم التشريعي رقم 97-41 المؤرخ في 1997/09/18 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، كما يكون ملزما بعدم المنافسة غير المشروعة تطبيقا لأحكام الأمر 95-06 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالمنافسة، كما يخضع المرقي لأحكام الإفلاس والتسوية القضائية الواردة في المادة 215 إلى 230 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري وطبقا للمادة 16 من المرسوم التشريعي 93-03 فإنه في حالة إفلاس المرقي يكون للمشتري امتياز من الدرجة الأولى.

عقد البيع بناءا على التصاميم لا ينعقد إلا باتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية حسب المادة 65 من القانون المدني وتتمثل في:

-**البيع**: ويقصد به أن تتجه إرادة طرفي العقد إلى إبرام عقد بيع بناءا على التصاميم تتضمن بيعا من جانب المرقي البائع وشراء من جانب المستفيد.

-**المبيع**: يجب تطابق إرادة الطرفين على ذات المبيع (العقار محل الإنجاز) وحسب المادة 10 التي حددت مختلف البيانات التي يجب توفرها في عقد البيع بناءا على التصاميم تحت طائلة البطلان.

-**الثمن**: يجب تراضي طرفي العقد على ثمن المبيع والثمن في عقد البيع بناءا على التصاميم يكون مجدولا على أقساط تحدد بين الطرفين ويكون قابلا للزيادة بالنظر للظروف التي يمر بها العقد.

ب/المحل: محل التزام البائع هو إنجاز المبيع ونقل ملكيته إلى المشتري في حين أن محل التزام المشتري هو دفع الثمن.

جـــ/السبب: طبقا للمادة 97 من القانون المدني يجب أن يكون السبب مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

د/الشكلية: حسب المادة 324 والمادة 324 مكرر1 من القانون المدني فإنه يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو الصناعية في:

1-شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي يحرر العقد كما نصت المادة 793 من القانون المدني على وجوب شهر العقار، كما نصت المادة 12 من المرسوم 93-03 على وجوب أن يحرر العقد البيع بناءا على التصاميم على الشكل الأصلي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والشهر، بالإضافة إلى هذه الشكليات العامة المحددة في المادة 12 نص المشرع على وجوب توفر مجموعة من البيانات الإلزامية في عقد البيع بناءا على التصاميم وقد حددتها المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 وتتمثل في:

*رخصة البناء: بالرجوع للنصوص الخاصة خاصة القانون 90-29 والمرسوم التشريعي رقم 91-175 المحدد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير والمرسوم التشريعي 91-176 المحدد لكيفية تحضير شهادة التعمير والتقسيم والتجزئة...يكون البائع ملزما بالحصول على رخصة البناء قبل الشروع في أي عملية تتعلق بمشروع البناء.

*وصف البناية المبيعة أو جزء البناية المبيعة ومشتملات ذلك : وبتحقق ذلك من خلال التصاميم المرفقة بالعقد التي يتدخل فيها كل المهندسين المعماريين ومكاتب الدراسات هذا فيما يتعلق بالجانب الفني أما بالنسبة للجانب التقني للعقار فيتحقق من خلال بيان طبيعة البناء والمواد المستعملة وعناصر التجهيز ويتضح ذلك من خلال المقايسات الوصفية التي تعد مسبقا.

*آجال التسليم وعقوبات التأخير.

*السعر التقديري وكيفية مراجعته إن اقتضى الأمر.

*الضمانات القانونية ودعم الالتزامات التعاقدية.

إضافة إلى هذه البيانات الإلزامية اشترط المشرع ضرورة إرفاق عقد البيع بناءا على التصاميم بجملة من الملحقات الإجبارية وهي تختلف بحسب نوع البناية.

-**بالنسبة للبناية الجماعية:** يجب إرفاق التصاميم والمقاسات ورخص البناء، شهادة الضمان، شهادة المطابقة، بعد نهاية الإنجاز، عقد الملكية ومشروع نظام الملكية المشتركة.

-**بالنسبة للبناية الفردية:** عقد الملكية، رخصة التجزئة، رخصة البناء، كذلك التصاميم.

2-التسجيل: بعد تحرير العقد يتولى الموثق تسجيل العقد لدى مفتشية الطابع والتسجيل (المادة 75) ابتداء من تاريخ تحرير العقد حسب المادة 58 من الأمر 76-105 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل ويترتب على تسجيل العقد إعطاؤه تاريخ ثابت ويترتب على عدم التسجيل عقوبات تأخيرية على الموثق، وحسب المادة 252 قيمة التسجيل هي 05 % من قيمة المشروع، ونصت المادة 258 الفقرة05 على إعفاء عقود بيع العقار المخصص للاستعمال السكني في إطار نشاطات الترقية العقارية من هذا الرسم لمرة واحدة، ونصت المادة 20 من قانون المالية لسنة 2005 رقم04-21 المؤرخ في 2004/12/29 تعفى من عملية الإعفاء الوارد في المادة 258 من قانون التسجيل بيع البنايات المخصصة للسكن ذات صيغة البيع بالإيجار والسكن التساهمي والسكن الريفي التي تنازلت عنها الدولة والهيآت العمومية للسكن.

3-شهر عقد البيع بناءا على التصاميم: نصت المادة 14 من المرسوم التشريعي 93-03 على إلزامية شهر العقد ونفس الحكم نصت عليه القواعد العامة في المواد 793 من القانون المدني والمادة 15 من الأمر رقم 75-74، ويترتب

على شهر العقد نقل الملكية من المرقي إلى المشتري والسؤال الذي يطرح كيف يمكن نقل ملكية بناية غير موجودة على أرض الواقع؟ وكيف يعتبر المشتري مالكا للعقار وهو لم يدفع كل الثمن؟.

رابعا: آثار عقد البيع بناءا على التصاميم:

باعتباره عقد يربط بين المرقي البائع والمشتري المستفيد فهو يرتب آثار متبادلة وهي:

أ/التزامات البائع:

1-الالتزام بنقل الملكية: يتعين على البائع القيام بكل ما هو لازم لانتقال الملكية إلى المشتري المادة 350 من القانون المدني وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل هذا الالتزام عسيرا أو مستحيلا وباعتبار أن البيع ينصب على عقار فإنه يجب إتباع أحكام نقل ملكية الحقوق العينية العقارية الواردة في القواعد العامة بالإضافة إلى ما ورد في أحكام المرسوم التشريعي 93-03 والمرسوم تنفيذي 94-58 المنظمة لعقد البيع بناءا على التصاميم حيث تنص المادة 12 على مايلي: «يحرر عقد البيع بناءا على التصاميم على الشكل الأصلي ويخضع للشكليات القانونية في التسجيل والإشهار كما يشتمل في آن واحد على البناية والقطعة الأرضية التي شيدت البناية فوقها. ».

خلافا لما هو متعارف عليه في القانون المدني التي تنص أن الملكية تخول للشخص سلطة التصرف والتمتع بالشيء المادة 647 من القانون المدني كما أن المادة 793 من القانون المدني نصت على أن الملكية تنتقل بالشهر جملة واحدة خلافا لما هو موجود في المرسوم التشريعي في المادة 02 الفقرة الأولى التي تنص: «عملا بنص المادتين 09و12 من المرسوم التشريعي 93-03 يكون المشتري مالكا للبناية المبيعة الآن بناءا على التصاميم ابتداء من تاريخ التوقيع ويخول التمتع بمجرد انتهائها وتوقيع على محضر الذي يسلم أمام الموثق. »، وفقا للمادة 02 الفقرة01 فإن انتقال الملكية في هذا العقد يتم وفق مرحلتين:

في المرحلة الأولى تنتقل ملكية الرقبة بمجرد التوقيع على العقد وهو حكم مخالف للقواعد العامة التي تنص على أن الملكية لا تنتقل إلا بالشهر المادة 793 من القانون المدني.

أما في المرحلة الثانية فينتقل حق الانتفاع والتمتع بالعقار وتبدأ هذه المرحلة بعد تمام الإنجاز والتوقيع على محضر التسليم الذي يحرر أما الموثق.

2-الالتزام بمواصلة الإنجاز أو التشييد: تنص المادة 02 الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي 94-58 على مايلي: «يلتزم البائع بمواصلة البناء وإنهائه في الآجال المقررة لهذا العقد ويعد هذا الالتزام من بين أهم الالتزامات التي تقع على المرقي البائع.».

وطبقا للمادة يجب أن ينجز البائع الحال في الأجل المتفق عليه في العقد وبعد العقار قام الإنجاز إذا كانت أعمال البناء قد نفذت وتم تشييد كل الأجزاء وتركيب عناصر التجهيز في المكان المخصص لها و لم تحدد المادة طريقة لإثبات تمام

الإنجاز وعليه وفي حالة عدم وجود اتفاق فيمكن إثبات تمام الإنجاز بواسطة شهادة المطابقة حسب المادة 14 أو بواسطة التصريح بتمام الإنجاز من قبل البائع أو بأي وسيلة إثبات أخرى باعتبار أن تمام الإنجاز هو واقعة مادية ويتم إثباتها ويترتب على قيام الإنجاز آثار عديدة أهمها:

*بتمام الإنجاز يكون البائع قد وفى بالتزامه بالتشييد ويبدأ بالتزامه بالتسليم.

*بتمام الإنجاز يحل القسط الأخير أو ما بقي من الثمن في حق المشتري وإذا امتنع عن تشييده يؤدي ذلك إلى فسخ العقد حسب المادة 119 من القانون المدني أما إذا أخل البائع بالتزامه بمواصلة الإنجاز وإتمامه فيثبت المشتري في ذلك بواسطة محضر معاينة يحرره المحضر القضائي وبعد إنذار البائع يمكن الإنجاز على نفقة البائع حسب المادة 17 من المرسوم 93-03 كما يمكن لهم طلب فسخ العقد حسب المادة 119 من القانون المدني مع طلب التعويض وطلب رد المبالغ التي دفعت للبائع حسب المادة 13 من المرسوم التنفيذي 94-58 ولا يكفي أن ينجز البائع العقار في الأجل المتفق عليه في العقد باعتبار أن البائع مرقي ملزم بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية كما أن الالتزام بالمطابقة يختلف عن ضمان العيوب التي تنشأ عن عيب في الشيء يهدد متانته فيجعله غير صالح كما أعد له باعتبار أن الشيء قد يكون سليما ولكنه غير مطابق لما تم الاتفاق عليه فنكون بصدد عيب المطابقة عندما يكون الشيء مغايرا في طبيعته أو نموذجه للمواصفات المتفق عليها في العقد وتظهر أهمية التفرقة بين النوعين في الآثار المترتبة عن كل منهما فإذا كان العيب في الشيء استلزم ذلك قيام التزام البائع بالضمان سواء ضمان العيوب الخفية أو الظاهرة المادة 15 من المرسوم 93-03 أما في حالة وجود عيب عدم المطابقة فيكون المشتري مخير بين طلب التنفيذ العيني متى أمكن ذلك أو الفسخ طبقا لنص المادة 117و119 من القانون المدني.

والالتزام بالمطابقة المنصوص عليه تنص المادة 14 من المرسوم 93-03 على مايلي: «لا يتم حيازة ملكية البناية أو جزء من البناية من المشتري إلا بعد تسليم شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير.».

إن الالتزام بالمطابقة يختلف عن شهادة المطابقة التي تسلمها البلدية للمرقي عن انتهاء الأشغال (المادة 56 من القانون 90-29) التي تتأكد من خلالها البلدية أن البناء مطابق لرخصة البناء المسلمة من رئيس المجلس الشعبي البلدي اعتمادا على التصاميم والمقاسات التي يقدمها المرقي عند طلب هذه الأخيرة وهي لا تعني تماما أن البناء موافق للاتفاقات التعاقدية بين الطرفين ويترتب على عدم المطابقة أن البناء لم يتم وفقا لما تم الاتفاق عليه أو فسخ العقد مع طلب التعويض كما يمكن له أن يرفض تسلم البناء ودفع المبالغ المستحقة عند تمام الإنجاز.

4-الالتزام بالتسليم: خلافا لما هو وارد في القواعد العامة المادة 365 الفقرة 01 من القانون المدني فإنه لا يكفي لتحقيق التزام البائع أن يضع المبيع تحت تصرف المشتري بشكل يمكنه من الانتفاع به دون عائق بل يجب لتحقق هذا

الالتزام أن يفحص المشتري المبيع وأن يوافق على ما تم إنجازه فلتحقق الالتزام بالتسليم يجب أن ينجز البائع العقار حسب المادة 10من المرسوم 93-03 وهو التزام بتحقيق نتيجة، لا يعفى البائع منه إلا إذا حققه.

وهو التزام مشابه لالتزام المقاول في مواجهة رب العمل (المادة 50 من القانون 05-10 المتمم للقانون المدني)

ويشترط لتحقق الالتزام بالتسليم مايلي:

*إتمام الإنجاز في المدة المتفق عليها في العقد ووفقا للمواصفات المتفق عليها، ويترتب على عدم تحديد آجال الإنجاز في العقد بطلانه ويجب التمييز بين آجال التسليم المحددة في عقد المقاولة، حيث أن عقد المقاولة لا يبطل لعدم تحديد آجال التسليم ويأخذ بالأجل الوارد في دفتر الشروط وفي حالة رفض رب العمل تسليم الأشغال فيعد متسلما لها بعد توجيه إنذار رسمي بذلك حسب المادة 50 أما عقد البيع بناءا على التصاميم فيترتب على عدم تحديد الآجال بطلان العقد أما في حالة عدم احترام المرقي للآجال المحددة في العقد فيمهل المرقي مدة سنة متفق عليها (المادة 03من المرسوم 94-58) وقد تكون ثلاثة أشهر أو شهرين فإذا لم يحترم هذه المدة فيطبق عليه الشرط الجزائي الوارد في العقد وهو عبارة عن عقوبة مالية تحدد بنسبة من الثمن التقديري للبيع مع تحديد المبلغ الأقصى الذي لا يمكن تجاوزه ويمكن للبائع أن ينفي مسؤوليته بعدم التسليم إذا أثبت السبب الأجنبي الذي حال دون تنفيذه لهذا الالتزام، كما يمكن المشتري طلب فسخ العقد وفقا للمادة 13 من المرسوم 94-58.

*مطابقة العقار لما هو منصوص عليه في العقد ومطابقة كذلك برخصة البناء المثبتة بواسطة شهادة المطابقة.

*وجوب استخراج شهادة التأمين على المسؤولية المدنية والعشرية وفقا لنص المادة 08 ويثبت التسليم بمحضر يحرر أمام الموثق الذي حضر العقد حسب المادة 13 من المرسوم 93-03 التي تنص على مايلي: «يستكمل العقد المنصوص عليه في المادة 12 السابقة بمحضر يحرر حضوريا بنفس مكتب الموثق، لإثبات حيازة الملكية من المشتري وتسليم البناية التي أنجزها المتعامل في الترقية العقارية وفق الالتزامات التعاقدية. » وعليه بانتهاء البائع من إنجاز البناءات يسلم البناء للمشتري ليبدي تحفظاته عليه (يلاحظ مدى مطابقته للاتفاق كفاءة عناصر التجهيز، العيوب الظاهرة..) وفي حالة وجود تحفظات يحرر محضر تسليم الأشغال مع التحفظ ويعد هذا التسليم تسليما مؤقتا وعند مطابقة البناء للمواصفات المتفق عليها في العقد وعدم ظهور ظاهرة متحفظ عليها أو بعد إصلاحها وبمجرد انتهاء السنة من تحرير محضر التسليم المؤقت يحرر محضر التسليم النهائي وبهذا التسليم تبرأ ذمة البائع مسؤوليته من العيوب الظاهرة وتبدأ مسؤوليته من العيوب الخفية التي تظهر خلال أجل 10 سنوات من تحرير المحضر النهائي وهو ما يعرف بالضمان العشري.

*يعد محضر التسلم المحرر أمام الموثق دليل على حيازة المشتري للبناء المنجز ويترتب على تحرير محضر التسليم المثبت للحيازة الآثار التالية:

-استحقاق البائع للقسط المتبقي من الثمن، وهذا القسط يكون مستحقا للبائع إذا قبل المشتري المبيع و لم يتحفظ عليه.

-تبعة الهلاك تقع على البائع سواء كان الهلاك كلي أو جزئي طيلة مدة 10 سنوات التي تلي تحرير لمحضر التسليم النهائي باعتباره ملزما بالضامن العشري.

-تبعة الحراسة تنتقل من البائع إلى المشتري باعتباره صاحب السيطرة الفعلية على العقار المنجز فبعد التسليم يعد المشتري حارسا للعقار ويخضع لمسؤولية حارس البناء وحارس الشيء فيعد مسؤولا عن الأضرار التي يتسبب فيها الحرية الراجع إلى خطأ أو خطأ من هو مسؤولا عنه في حين أن مسؤولية تهدم البناء تقع على البائع بموجب أحكام المسؤولية العشرية وهو خطأ مفترض يقبل العكس.

5-الالتزام بالضمان: طبقا للقواعد العامة يكون البائع ملزم بتوفير في الالتزامات المعروفة في البيع العادي بصفته بائعا فهو ملزم بأن يضمن للمشتري عدم التعرض والاستحقاق وغيره من الضمانات الواردة في القواعد العامة بالإضافة إلى القواعد الخاصة.

***الضمانات العامة:**

-ضمان التعرض الشخصي: تطبيقا للقاعدة التي تنص: «أن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض » فإن البائع يكون ضامنا لتعرضه الشخصي ماديا كان أو قانونيا المادة 371 القانون المدني ويتحقق التعرض المادي لكل فعل مادي من شأنه أن يحول دون انتفاع المشتري بالمبيع كأن يغتصب العين من المشتري أو يصدر قرار إداري يحدد من انتفاعه بها أما التعرض القانوني فيتحقق في صورة كل حق يعارض حق المشتري على المبيع أما إذا كان البائع قد تعرض للمبيع بسبب عدم استيفاء الثمن من المشتري فلا يعد هذا تعرضا والتعرض القانوني يستبعد عقد البيع بناءا على التصاميم من جانب البائع.

ويترتب على التعرض الشخصي قيام حق المشتري بعدم تعرض البائع له ويمكن له رفع دعوى قضائية يلزمه فيها بالضمان ولا يجوز في كل الأحوال أن يتفق الطرفان على الإعفاء من الضمان وذلك ما نصت عليه المادة 10 من القانون 10-03.

-ضمان التعرض الصادر من الغير: يكون البائع ضامنا لكل تعرض قانوني صادر من الغير يستند فيه هذا الأخير سواء وقت البيع أو بعده بسبب البائع أو سبب خارج عنه كأن يطالب الغير بحق ملكية العقار فيطلب إبطال سند ملكية البائع أو يطالب برهن المبيع لدين مضمون أو أن ينازعه في ملكية العقار كأن يكون الغير واضعا يده على العقار واكتملت مدة التقادم أو أن يصدر قرار بنزع الملكية ويترتب عن الضمان الصادر من الغير قيام التزام البائع بدفع التعرض والالتزام بضمان الاستحقاق بتعويض المشتري إذا ما أثبت الغير ما يدعيه ويقع على المشتري واجب إخطار البائع في حالة رفع دعوى قضائية من الغير حتى يتدخل في الخصومة ويدفع التعرض الصادر من الغير وإذا لم يتدخل البائع رغم إقراره من جانب المشتري وفشل هذا الأخير في رد التعرض وحكم باستحقاق الغير للمبيع وجب على البائع الضمان لتقصيره أما إذا لم يخطر المشتري البائع الضمان لتقصيره في الوقت المناسب وفشل في دفع دعوى الاستحقاق من الغير فإنه لا يستطيع

الرجوع إلى البائع بدعوى ضمان التعرض إذا أثبت هذا الأخير أنه لو تدخل لتمكن من دفع دعوى الاستحقاق المرفوعة من الغير وحسب المواد 372،375،376 من القانون المدني فإن البائع يكون ملزما بالضمان إذا فشل في دفع دعوى الاستحقاق المرفوعة من الغير سواء تدخل أو لم يتدخل في الخصومة ويكون للمشتري الحق في التعويض أو الفسخ مع المطالبة باسترداد الثمن ويجب أن نميز بين فرضين:

أ/حالة الاستحقاق الكلي للمبيع: تنص المادة 375 من القانون المدني على المشتري الحق في أن يطلب من البائع قيمة المبيع وقد نزع اليد، وقيمة الثمار التي ألزم المشتري يردها إلى المالك الذي نزع يده من المبيع (837 من القانون)مختلف المصاريف التي ألزم المشتري يردها (المصاريف الضرورية لحفظ المبيع، المصاريف النافعة والمصاريف الكمالية) بالإضافة إلى مصروفات الدعاوى.

ب/حالة الاستحقاق الجزئي للمبيع: المادة 376 من القانون المدني تميز كذلك بين فرضين:

1- حالة الاستحقاق الجزئي الجسيم: 376 الفقرة 01 يكون جسيما بحيث لو علم به المشتري لامتنع عن التعاقد والمحكمة هي التي تقدر مقدار الجسامة وفي هذه الحالة تطبق عليه أحكام الاستحقاق الكلي للمبيع ويطالب بالمصاريف الواردة في المادة 375 مع رفض المبيع بالإضافة إلى التعويض.

2- حالة الاستحقاق البسيط: المادة 376 الفقرة02 سواء فضل المشتري الاحتفاظ بالمبيع أو لم يطلب رده فله الحق في التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع جزء من المبيع وله كذلك المطالبة بالتعويض عما فاته من كسب وما لحقه من خسارة، كما تنص المادة 377 من القانون المدني على جواز اتفاق الطرفين على زيادة أو إنقاص أو إسقاط الضمان بشرط أن لا يتعهد البائع إخفاء حق الغير كما أنه لا يجوز الاتفاق على استحقاق الضمان إذا كان الاستحقاق راجعا إلى فعل البائع.

***الضمانات الخاصة:**

ونفصلها وفقا لمايلي:

-اكتتاب ضمان لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة: نصت عليه المادة 11 من المرسوم 93-03 على مايلي:

«يتعين على المتعامل في الترقية العقارية في عمليات البيع بناءا على التصاميم أن يغطي التزامه بتأمين إجباري يكتتبه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة المنصوص عليه في التشريع المعمول به وترفق شهادة الضمان إجباريا بالعقد المنصوص عليه في المادة 10. فالمرقي ملزم باكتتاب هذا الضمان لدى الصندوق وقد أنشأ هذا الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي 97-406 المؤرخ في 1997/01/13 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة حيث حددت هدفه المادة 03 منه: «يهدف الصندوق إلى ضمان التسديدات التي يدفعها المشترون والتي تكتسي شكل تسبيق على الطلب إلى المتعاملين في الترقية العقارية على أساس عقد البيع بناءا على التصاميم وبهذه الصفة يتعين على المتعامل في الترقية العقارية

المنخرط في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة أن يكتتب لدى هذا الأخير تأمينا على المشروع المتضمن الملك موضوع البيع.» ويكون الصندوق ضامنا في الأحوال التالية:

حالة المرقي شخص طبيعي يضمن الصندوق في هذه الحالة وفاة المرقي و لم يكمل مراحل الإنجاز، اكتشاف احتيال ونصب المرقي من طرف السلطة القضائية.

ولا يكون الصندوق ضامنا في الحالات الآتية:

أ/ضمان حسن الإنجاز لوجود تأمين خاص مستقل به.

ب/تأخر في تسليم العقار للمشتري.

جـــ/زيادة الثمن.

د/الغرامات المالية.

هـــ/التعويض عن الكوارث الطبيعية لأن لها تأمين مستقل.

و/الحريق والإنفجارات والأخطار المهنية الناجمة عن أشغال البناء والمؤمن عليها بموجب المادة 175و176 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات.

ي/حالة فسخ العقد.

وتبدأ مدة ضمان الأخطار المؤمن عليها من أول دفع مسبق يدفعه المشتري إلى غاية تحرير محضر التسليم النهائي الذي يثبت حيازة المشتري للعقار محل الإنجاز حسب المادة 13 من المرسوم 93-03، ويجب إعلان الصندوق بكل تأخر بعملية الإنجاز، وكل تجاوز يتقدم بـــ 10 % من مدة الإنجاز المحددة في العقد يؤدي إلى زيادة قسط التأمين زائد القسط الذي يجب دفعه وذلك حسب المواد 9،10،11، من المرسوم 93-03.

- **ضمان حسن الإنجاز أو إلزامية التأمين على المسؤولية السنوية:** نصت المادة 10و14 من المادة 93-03 على إلزامية تضمين عقد البيع بناءا على التصاميم كضمان حسن الإنجاز أو التأمين السنوي الذي يضمن بموجبه البائع كل العيوب التي تظهر على البناء خلال سنة كاملة تبدأ من تاريخ تحرير محضر التسليم المؤقت يعد هذا الضمان التزام قانوني يقع في الأصل على المرقي وفي حالة قيامه يشار الخلل في محضر التسليم وبناءا عليه يبلغ المرقي المقاول لإصلاح هذا العيب ويكون ضامنا له طيلة مدة السنة ويكون المقاول ضامنا كذلك بموجب عقد المقاولة الذي يربطه مع المرقي وعموما فإن كل من المرقي والمقاول والمهندس المعماري ملزمون بتحقيق نتيجة وبالتالي فكلهم ملزمون بالضمان فيعد المقاول ملزما بالضمان بصفته القائم بعملية التشييد ويعد مسؤولا عن كل استخدام سيء للمواد الأولية وعن تقصيره في عملية الإنجاز أما المهندس فيكون مسؤولا عن أخطائه في التصميم وما ينتج عنها من تصدعات في البناء تؤدي إلى التهدم الكلي أو الجزئي للبناء.

فإن المادة 15 من المرسوم 93-03 لم تضع ضابطا يحدد عيبا ما سواء كان كليا ظاهرا أو خفيا وقد يراد بهذا السكوت من المشرع خلافا للضمان العشري أن يوسع في مجال حسن سير الإنجاز ليشمل المبيع برمته بما في ذلك العيوب الظاهرة عيوب المطابقة أعمال التشطيب البسيطة ولقد جرى العمل بأن محضر تنصيب الأشغال مع التحفظ يعد عادة بعد خروج لجنة فنية متخصصة متكونة من مهندس وفنيون متخصصون برفقة المشتري لمعاينة العيوب الظاهرة ومعاينتها والتأكد من مطابقة الإنجاز للتصاميم المعدة والمواصفات المتفق عليها، فإعمالا لهذا الضمان يرى جانب من الفقه أن العيب الظاهر هو ذلك العيب الذي يمكن اكتشافه ببذل عناية الرجل العادي وهذا لا يعني عدم إمكانية المشتري الاستعانة بمتخصصين في هذا الميدان لمعاينة هذا العيب والاستفادة من هذا الضمان.

ويترتب على ضمان حسن الإنجاز قيام التزام البائع بإصلاح العيب عينا وفي حالة امتناعه أو عجزه عن إصلاحها فيقوم المشتري طبقا للمادة 18 بإثبات عيب بواسطة المحضر القضائي ثم يوجه إنذار للبائع بإصلاح العيب وعند امتناعه فإن المشتري يحل محله لإصلاح العيب على نفقة البائع.

- **ضمان حسن سير عناصر التجهيز:** نصت المادة 15 من المرسوم 93-03 «يحدد العقد المذكور في المادتين 09و10 أعلاه الآجال الضرورية لتنفيذ أشغال إصلاح العيوب الظاهرة و/ أو حسن سير عناصر تجهيز البناية »

أخذ المشرع بمعيار إمكانية انفصال عناصر التجهيز لتحديد نوع الضمان المطبق عليها فإذا كانت عناصر التجهيز تتوفر على الشروط التالية كانت موجبة لأحكام هذا الضمان وتتمثل في:

أ/ أن يكون عنصر تجهيزي لا يدخل ضمن العناصر التكوينية أو الإنشائية.

ب/ أن يتصل هذا العنصر بالبناء أو جزء من البناء محل الإنجاز.

جــ/ أن يكون هذا العنصر قابلا للفصل عن البناية بدون إتلاف.

وتطبيقا لنص المادة 181 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات التي تنص على أنه كل ما يخرج عن هذه الشروط يخضع لأحكام الضمان العشري أمثلة: مثل الأبواب، الشبابيك، العدادات، تجهيزات الإنارة والمكيفات، أجهزة إطفاء الحريق وغيرها.

ويكون البائع ملزما بالضمان عند عدم صلاحية عنصر التجهيز لأداء وظيفة بالكفاءة المطلوبة، و لم يحدد المشرع مدة هذا الضمان غير أن الجمع بينه وبين ضمان حسن الإنجاز في مادة واحدة (15) يوضح أن المشرع ساوى بين الضمانين في المدة وهي مدة سنة تبدأ من يوم تحرير محضر التسليم المؤقت وهي مدة مطابقة لضمان العيوب الخفية الواردة في القواعد العامة.

كما يجب التأكيد على أن المشرع لم يجعل هذه المادة من النظام العام وبالتالي إذا اتفق المتعاقدين على مدة أكبر فيجب إعمالها تطبيقا للمادة 106 من القانون المدني (نفس جزاءات حسن الإنجاز).

-الضمان العشري (الالتزام بضمان العيوب الخفية والتهدم): نصت عليه المادة 08 الفقرة 02و03 من المرسوم 93-03 كمايلي: «وقبل أي تسليم بناية إلى المشتري يتعين على المتعامل في الترقية العقارية أن يطلب من المهندسين المعماريين والمقاولين والمكلفين بإنجاز المنشآت شهادة تأمين المسؤولية المدنية العشرية المنصوص عليها في أحكام القانون المدني لاسيما المادة 545 منه طبقا للقانون المتعلق بالتأمينات لاسيما مواده من 94 إلـــــى99.

تبلغ نسخة التأمين المذكورة في الفقرة السابقة إلى المشترين يوم حيازة ملكية البناية كأقصى أجل. »

كما تأكد على إلزامية التأمين العشري المادة 08 الفقرة02 من المرسوم التنفيذي 94-58 والمادة 178 من الأمر 95-07 فعقد البيع بناءا على التصاميم يخضع إلى جانب أحكام عقد المقاولة إلى أحكام الضمان العشري حيث تنص المادة 554 من القانون المدني على مايلي: «يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال 10 سنوات من التهدم كليا أو جزئيا فيما شيداه من مباني أو أقامه من منشآت ثابتة ولو كانت التهدم ناشئا عن عيب في الأرض.»ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما لم يوجد في المباني أو المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد سلامة البناء ومتانته وطبقا لهذين النصين خاصة المادة 08 الفقرة 02و03 فإن المرقي البائع والمقاول والمهندس المعماري ملزمين باكتتاب عقد التأمين لدى شركات التأمين لضمان العيوب الخفية التي تشمل الأرض والبناء محل الإنجاز والتي من شأنها أن تهدد متانة البناء وسلامته ومن كل تهدم كلي أو جزئي خلال 10 سنوات تبدأ من يوم تحرير محضر التسليم النهائي ويلزم بالضمان العشري حسب النصوص السابقة الذكر كل من :

المهندس المعماري ومقاول البناء الأصلي ومن الباطن (المرسوم التنفيذي 94-07 والقانون رقم 04-06) المرقي العقاري بائع العقار قبل الإنجاز وكل متدخل في عملية البناء كمكاتب الدراسات والفنيون كذلك المراقبون ومكاتب المراقبة التقنية.

المستفيدون من الضمان العشري:

يستفيد من هذا الضمان طبقا لعقد البيع بناءا على التصاميم للمشتري بصفته الخلف الخاص للبائع وبقوة القانون حسب المادة 08 من المرسوم التنفيذي 94-58 وهو ما تأكده المادة 178 من قانون التأمينات 95-07 وبالرجوع إلى نص المادة 554 من القانون المدني والمادة 181 من القانون رقم 95-07 فإن الأضرار التي يؤدي حدوثها قيام مسؤولية البائع والمقاول والمهندس وغيرهم تتمثل في:

أ/التهدم الكلي أو الجزئي الذي يصيب العقار مثل سقوط السقف أو الشرفة.

ب/العيب الذي يهدد متانة وسلامة البناء.

جـــ/الأضرار المخلة بصلابة عناصر التجهيز عندما تكون جزء غير قابل للفك دون تلف.

وبمجرد قيام الضمان العشري تلتزم شركة التأمين بتعويض المتضررين ماديا أو جسمانيا عن التهدم ولا تكون قابلة للتعويض حسب المادة 01 و02 من قانون التأمينات حالات انزلاق التربة والإنفجارات والحريق إذا لم تكن مؤمن

عليها بالإضافة إلى الكوارث الطبيعية ويستفيد من مبلغ التأمين المتضرر وذوي حقوقه في حالة الوفاة (يبلغ في أجل 08 أيام وفي حالة عدم التسوية يلجأ إلى القضاء خلال اجل 03 سنوات من يوم التهدم ويترتب عن عدم التزام المرقي العقاري باكتتاب الضمان العشري قيام المسؤولية المدنية وإلزامية الضمان ورتبت المادة 185 من التأمينات 95-07 عقوبات على عدم التأمين وتشدد العقوبات المادة 31 من المرسوم التشريعي 93-03 ولا تنتفي المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي حسب القواعد العامة، البائع يكون ملزما على العموم بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا فإذا تعذر ذلك جاز للمشتري بطلب فسخ العقد وذلك حسب المادة 13 من المرسوم التنفيذي 94-58).

ب/التزامات المشتري:

1-الالتزام بدفع الثمن: يلتزم المشتري بدفع الثمن ويعد هذا الأخير أحد البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها عقد البيع بناءا على التصاميم وذلك حسب المادة 10 من المرسوم 93-03 كما يحدد الثمن وفق سعر تقديري قابل للمراجعة وكما يجوز أن يتفق الأطراف على شروط وكيفيات دفع الثمن وذلك حسب المادة 06 من المرسوم التنفيذي 94-58 ويجب تضمين العقد ببيان يحدد كيفية مراجعة الثمن ويتميز الثمن في عقد البيع بناءا على التصاميم بأنه مجدول وفق مراحل يحددها الأطراف بحيث يسلم المشتري في عملية الإنجاز.

2-الالتزام بالتسلم: يلتزم المشتري بتسلم العقار وفقا للكيفية المتفق عليها بين الطرفين ويعد تسلم الوجه الآخر لعملية التسليم و لم يعرف المشرع هذا الالتزام وإنما أشار إليه في المادة 554 كنقطة بداية حساب مدة الضمان ويتم بمحضر يوقعه المشتري مع البائع ويترتب عليه تسلم المشتري للعقار المنجز استحقاق البائع للثمن ونقل تبعة هلاك العقار.



عقد البيع بعد الإنجاز هو عقد ينصب على عقار منجز وتقصد بالإنجاز العملية التي تتم قبل انعقاد البيع بحيث لتمام الإنجاز يجب على المتعامل في الترقية العقارية بعد انتهائه للأرضية احترام قواعد التهيئة والتعمير من خلال الحصول على كل التراخيص والشهادات التي يتطلبها قانون التهيئة والتعمير حتى يتحقق الإنجاز وتتمثل عملية الإنجاز بأنها قبل الحصول على العقار المنجز يجب أن يستوفي أو أن يمر المرقي العقاري بمجموعة من المراحل حتى يصل العقار إلى عملية الإنجاز ومن بين المراحل الأولية التي يجب عليه القيام بها مايلي:

-الحصول على الأرض محل الترقية العقارية (أي محل الإنجاز): يمكن للمرقي أن يتحصل على الأرض محل وفقا لعدة طرق أهمها الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاري باعتبارها هي المختصة قانونا بنقل ملكية عقارات الجماعات المحلية حيث تنص المادة 03 من المرسوم التنفيذي 90-405 على مايلي: «تتمثل المهمة العامة للوكالة بحيازة جميع العقارات أو الحقوق العقارية المخصصة للتعمير لحساب الجماعات المحلية وتقوم بنقل ملكية هذه العقارات أو الحقوق العقارية. » كما يمكن للمرقي أن يشتري العقار من مصلحة الأملاك الوطنية حسب المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 91-454 الجريدة الرسمية العدد 60، كما يمكن أن يشتري من الخواص.

-الوثائق المرتبطة بعملية الإنجاز: تتمثل هذه الوثائق في الشهادات والرخص المنصوص عليها في قانون التهيئة والتعمير وتتمثل في شهادة التعمير، رخصة التجزئة، شهادة التقسيم، رخصة البناء، شهادة المطابقة.

-مراحل الإنجاز: من أهم مراحل الإنجاز التي يقوم بها المرقي العقاري أو صاحب المشروع نجد:

أ/البحث عن تمويل المشروع: أهم طريقة يلجأ إليها المرقي لتمويل مشروعه تتمثل في الافتراض أي السلفيات المصرفية وقد أقر النظام المصرفي في الجزائر مجموعة من البنوك التجارية كلها تساهم في عملية الترقية العقارية وعلى رأسها الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط CNEP و BDL.

ب/القيام بانجاز البناء ومتابعته: وذلك من خلال الإشراف وتتبع كل مراحل عملية البناء بدءا من الحصول على كل الوثائق والرخص اللازمة لإنجاز المشروع والتعاقد مع المهندسين المعماريين والمقاولين المكلفين بالقيام بإنجاز المشروع حيث تنص المادة 36 من المرسوم التنفيذي 91-176 على مايلي: «يجب أن تعد الوثائق المرفقة بطلب رخصة البناء وتأشر من قبل مهندس معماري. »، ويُعدُ المهندس المعماري على الخصوص مذكرة كشف كمي بقيمة المبلغ الذي يستهلكه المشروع وآجال الإنجاز كما يعد طلبات الترخيص الإداري في البناء ومشروعات الصفقات الواجب إبرامها بين

رب العمل عن تسلم المشروع المنجز والتأشير على المحاضر التي تحرر بهذا الخصوص في حين يلتزم المقاول بإنجاز العمل طبقا للمواصفات المتفق عليها وبتسليم العقار والالتزام بالتأمين والضمان.

جـــ/ انتهاء الإنجاز: وتعد آخر مرحلة من مراحل الإنجاز ويستدل على تمام الإنجاز تسلم رب العمل للعقار المنجز من طرف المقاول.

أولا: أركان عقد البيع بعد الإنجاز:

يخضع هذا العقد في مجمله للقواعد العامة التي نص عليها القانون المدني وهو ما أشارت إليه المادة 03 من المرسوم التشريعي 93-03 بنصها على مايلي: «تظل المعاملات التجارية التي تتعلق ببناية أو جزء من بنايات خاضعة للتشريع المعمول به ولاسيما أحكام القانون المدني... »

أ/ركن الرضا: يتحقق الرضا بصدور الإيجاب من قبل المرقي العقاري بعرض العقارات المنجزة للبيع في الصحف اليومية أو في إعلانات بالأماكن العمومية فإذا اقترن الإيجاب بقبول من المشتري فقد تحقق الرضا، ويجب أن يتفق الطرفان على طبيعة عقد بيع عقار منجز وعلى مكانه الذي يحدد عادة في الإعلان وعلى الثمن بتمام تحقق الرضا وحتى يقوم التراضي صحيحا يجب أن يتوفر بينهما طبقا للقواعد العامة الشروط المتفق عليها خاصة الأهلية الكاملة وهي 19 سنة كاملة في المادة 40 من القانون المدني وخلو الإرادة من العيوب.

ب/ركن المحل: المحل في عقد البيع بعد الإنجاز هو العقار الذي يلتزم البائع بتسليمه للمشتري والثمن الذي يلتزم المشتري بتقديمه للبائع ويشترط في العقار محل البيع لانعدام المحل.

أما في حالة الهلاك الجزئي فيكون المشتري الخيار بين طلب الإبطال أو أخذ ما تبقى من العقار مع دفع ما يناسب من ثمن.

أن يكون العقار معين أو قابلا للتعيين وغالبا ما يتحقق هذا الشرط من خلال الإعلان الذي ينشره المرقي لبيع العقارات.

وأن يكون المبيع مشروعا ويكون كذلك لأنه منجز إما لسد حاجات سكنية أو تجارية أو مهنية.

جــ/ ركن السبب: نفس الشروط الموجودة في القانون المدني.

د/ ركن الشكلية: نفس الشروط الموجودة في القانون المدني.

ثانيا: آثار عقد البيع بعد الإنجاز:

يرتب عقد البيع بعد الإنجاز التزامات متقابلة لكل طرف فيه.

أ/ التزامات البائع:

1- طبقا للقواعد العامة: يرتب عقد البيع بعد الإنجاز في ذمة البائع التزامات حددتها القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني.

***الالتزام بنقل الملكية:** إن عقد البيع بعد الإنجاز يرتب في ذمة البائع الالتزام بنقل الملكية وتنفيذا لهذا الالتزام يجب أن يقوم بكل ما يلزم لنقل هذا الحق إلى المشتري مع امتناعه عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل هذا الحق عسيرا أو مستحيلا وذلك بمقتضى المادة361 من القانون المدني.

***الالتزام بالتسليم:** يتم حسب المادة 367 الفقرة 01 بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به فيتحقق التسليم بعنصرين هما:

-وضع العقار المنجز تحت تصرف وحيازة وانتفاع المشتري دون عائق.

-إعلام المرقي العقاري للمشتري بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولو لم يتسلمه المشتري.

وإذا كان التسليم في القواعد العامة يكون قانوني أو حكمي ففي حالة بيع العقار بعد الإنجاز فلا تكون إلا بصدد التسليم القانوني (المستندات والمفاتيح).

***الالتزام بالضمان:** يلتزم البائع تجاه المشتري طبقا للمادة 371 الفقرة 01 من القانون المدني بعدم تعرضه الشخصي للمشتري تعرضا ماديا أو قانونيا يحول دون انتفاع المشتري بالمبيع أو يعرقل حيازته له ويتحقق الضمان بتوفر شرطين:

-أن يقع التعرض فعلا فلا يكون مجرد احتمال أو تهديد.

-أن تكون من شأن هذا التعرض الحيلولة دون انتفاع المشتري بالعقار كله أو بعضه.

كما قد يكون التعرض ماديا ويكون للمشتري في حال التعرض الحق في طلب التنفيذ فضلا عن التعويض أو المطالبة بالغرامة التهديدية مع التنفيذ كما يلتزم البائع طبقا للمادة 371 الفقرة 02 بضمان التعرض الصادر من الغير ويشترط أن يكون تعرضا فعليا وقانونيا لا ماديا وأن يكون ما يدعيه الغير على العقار من حق سابق على حق المشتري أو لا حق له ولكنه مستمد من البائع ويترتب عن قيام هذا الضمان التنفيذ العيني أي منع الغير من التعرض بتدخل البائع أو بحلوله في الدعوى محل المشتري في حالة الاستحقاق الكلي للمبيع طبقا لمقتضيات المادة 375 من القانون المدني أو التعويض الجزئي للمبيع حسب المادة 376 من القانون المدني وفي إطار أحكام الضمان فإنه وطبقا لأحكام المادة 379 من القانون المدني فإن ما يضمنه البائع هو السبب.

2-طبقا للمرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري: يوجب المرسوم 93-03 التزامات تقع على عاتق البائع المرقي وتتمثل في:

***الالتزام بتسليم شهادة المطابقة:** المادة 14 منه (إحالة لما تم معالجته في عقد البيع بناءا على التصاميم).

***ضمان حسن الإنجاز:** يعد هذا الضمان التزام قانوني يقع على عاتق المقاول في الأصل و يلزمه بإصلاح كل خلل يحدث في العقار المشيد بشرط أن يشار إلى ذلك في محضر التسليم وأن يبلغ رب العمل المقاول المعني بهذا الاحتجاج ويبقى المقاول ضامنا لهذا الخلل طيلة مدة سنة ويجب التفريق في هذا الإطار المسؤولية العقدية المرتبطة بحسن الإنجاز والمسؤولية العقدية المتعلقة بالتحفظات وقد تجتمع المسؤوليتين معا في حالة التعويض عن العيوب التي يكتشفها رب العمل سواء في محضر التسلم عن طريق التحفظات أو بعد عملية التسلم غير أنه أغلب العيوب التي يتضمنها محضر التسلم يتم التعويض عنها في إطار ضمان حسن الإنجاز أما العيوب الجديدة والتي لم تكن محل تحفظات رب العمل وإنما اكتشفت بعد التسلم فهي لا تدخل في إطار ضمان حسن الإنجاز من خلال المادة 14 منه فإن هذه المادة قد أشارت إلى هذا الضمان دون أن تتطرق إلى الأعمال التي يرد عليها ومدة الضمان هي سنة تبدأ من تاريخ تحرير محضر التسلم ويكون لرب العمل الحق في المطالبة بإصلاح الخلل الذي كان محل التحفظات و لم يبين المشرع الحل في حالة امتناع البائع عن إصلاح العيوب رغم إخطاره من طرف رب العمل.

***ضمان حسن سير عناصر التجهيز:** وهو التزام يقع على المرقي العقاري بصفته بائعا وقد عالجه المشرع عندما أشار للآجال الضرورية لتشييد أشغال إصلاح العيوب الظاهرة ويقع هذا الضمان اتجاه المشتري ويكون ملزما بإصلاح واستبدال عناصر التجهيز ولا يكون غيره مسؤولا عنها أما بالنسبة لمدته لم يحددها المشرع الجزائري بنص صريح إلا أنه باستقراء نص المادتين 15، 14 من المرسوم 93-03 نلاحظ أن نية المشرع اتجهت إلى توحيد ضمان حسن سير التجهيز مع ضمان حسن الإنجاز لمدة سنة كاملة ويكون للمشتري في حالة قيام هذا الضمان إما مطالبة البائع بالتنفيذ العيني أو البيع طبقا للقواعد العامة.

والقيام بنفسه بالإصلاحات على نفقة البائع طبقا للمادة 17 من المرسوم التشريعي 93-03.

***الضمان العشري:** حددت مجال هذا الضمان المادة 554 من القانون المدني بحيث يكون المقاول والمهندس المعماري مسؤولان عن كل تهدم كلي أو جزئي سواء كان العيب في الأرض أو في التصاميم أو في طريقة البناء والمسؤولية في إطار الضمان العشري هي مسؤولية مفترضة تقوم دون أن يكون الطرف الثاني بحاجة إلى إثبات خطأ المتسبب فيكفي ظهور العيب لقيام هذه المسؤولية ولا يمكن دفع هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي (القوة القاهرة، خطأ الغير، خطأ رب العمل) ومدة الضمان حسب المادة 554 من القانون المدني هي 10 سنوات تبدأ من يوم التسليم النهائي للمشروع وقد

فرق المشرع بين مدة الضمان 10 سنوات التي تبدأ من يوم التسليم النهائي وبين مدة دعوى الضمان التي تبدأ من يوم حصول التهدم (03 سنوات).

أما بالنسبة لأطراف دعوى الضمان فهما المدعي في دعوى الضمان، الأصل أن صاحب الحق هو رب العمل لأن الضمان مقرر لمصلحته غير أنه يمكن أن يرفع هذه الدعوى من غيره بواسطة الحلول أو الإنابة ونعني به الخلف العام والخلف الخاص والمشتري في عقد البيع بناءا على التصاميم.

المدعى عليه في دعوى الضمان وهم المهندسون بشكل عام والمقاولون والمراقبون التقنيون والمرقي العقاري.

ب/ التزامات المشتري:

1-طبقا للقواعد العامة: يرتب عقد البيع بعد الإنجاز في ذمة المشتري جملة من الالتزامات تتمثل فيمايلي:

***الالتزام بدفع الثمن:** يقع على عاتق المشتري الالتزام بدفع الثمن إلى البائع الذي يكون مستحق لهذا الثمن من التسليم للعقار المنجز للمشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك طبقا لما نصت عليه المادة 388 من القانون المدني ويتم ذلك في مكان وجود العقار أو في مكان يتفقان عليه ويقضي به العرف المادة 387 وعدم دفع الثمن من طرف المشتري يخول البائع الحق في طلب التنفيذ العيني أو فسخ العقد مع التعويض أو حسب العقار المبيع المواد 387 إلـــــى390 من القانون المدني.

هذه الحالات تعد نادرة في مجال الترقية العقارية لأن القاعدة جرت بأن التسليم يتم بعد دفع الثمن مباشرة بين يدي الموثق.

***الالتزام بتسلم المبيع:** تتمة لالتزام البائع بالتسليم يجب على المشتري القيام بتسلم العقار المنجز في الزمان المتفق عليه المتفق عليه بين الطرفين (المادة 394) وتكون نفقات التسلم وفقا للقواعد العامة المادة 395 على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك ويمكن المرقي العقاري أن يلجأ إلى القضاء لطلب التنفيذ العيني مع المطالبة بالغرامة التهديدية لكل عملية التسلم كما له أن يطالب بالفسخ مع التعويض، وتكون للقاضي سلطة تقديرية في تقدير ذلك كما أن نفقات تسجيل عقد البيع بعد الإنجاز والتوثيق تقع على عاتق المشتري (المادة 395) ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك.

2-طبقا للمرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري: طبقا لنص المادة 24 فإنه يجب على جميع المالكين المشتركين في البناية الجماعية أن يخضعوا لنظام الملكية المشتركة ومن بين أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المشتري في هذا الإطار أن لا يمس بحقوق الشركاء في الملكية أو يلحق ضررا بالعقار كما يلتزم بدفع التكاليف المشتركة المنصوص عليها في المادة 750 من القانون المدني.



أولا: تعريف البيع الإيجاري:

هو العقد الذي يريد فيه العاقدان الإيجار والبيع معا فهو إيجار إلى أن يتم الوفاء بالثمن كاملا وبيع حين يتم الوفاء بالثمن وفي هذا العقد يتفق الطرفان على أن يسلم للطرف الآخر عين مبيعة في مقابل مبلغ دوري على أن يعتبر هذا المبلغ أجرة جزاء الانتفاع بالعين المبيعة حتى إذا أتم الطرف الآخر الوفاء بها كلية وفي نهاية المدة المحدد انتقلت إليه الملكية فإذا تخلف عن دفع أي مبلغ منها عند حلول أجل استحقاقها فيجب عليه أن يرد العين المبيعة ويعتبر ما دفع من أجرة مقابل الانتفاع بالعين طوال المدة التي بقي فيها تحت يده والغرض من ذلك هو ضمان عدم التصرف في العين المبيعة بكافة الأقساط باعتبار أن عقد الإيجار من عقود الأمانة التي تعرض المخل به لعقوبة خيانة الأمانة إذا هو تصرف في العين المبيعة قبل الوفاء بكل الثمن..وقد أشار المشرع إلى هذا النوع من البيوع في القواعد العامة في نص المادة 363 الفقرة04 من القانون المدني كما تم التطرق إلى هذه الصيغة أيضا في القواعد الخاصة التي تضمنها كل من المرسومين التنفيذيين 97-35 و01-105 في ظل المرسوم التنفيذي رقم 97-35 في 1997/01/14 المتعلق بالبيع الإيجاري وإيجار المساكن والمحلات ذات الاستعمال التجاري والمهني التابعة لدواوين الترقية العقارية وقد أشارت إليه المادة 07 منه: «هو العقد الذي يلتزم بموجبه ديوان الترقية والتسيير العقاري باعتباره المالك المؤجر أن يحول ملكا عقاريا ذا استعمال سكني لأي مشتري إثر فترة باتفاق مشترك وحسب شروط هذا المرسوم ويحرر العقد حسب الشكل الرسمي ويخضع لإجراءات التسجيل والإشهار وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما. »

ثانيا: تكييف البيع الإيجاري:

بداية نلاحظ أن البيع الإيجاري يتصف بأنه بيع وإيجار معا ومن غير المنطقي أن يوصف عقد واحد بوصفين أي بيع وإيجار لأن طبيعة كل عقد تختلف عن العقد الآخر فعقد البيع هو عقد ناقل للملكية في حين أن عقد الإيجار لا ينقلها وإنما ينشئ حقا للمستأجر وهو حق الانتفاع بالسكن ولذلك يجب تحديد الوصف الدقيق لهذا التصرف القانوني لأن تحديده يسمح لنا بمعرفة الأحكام الواجبة التطبيق على هذا التصرف هل هي أحكام عقد الإيجار أم أحكام عقد البيع وقد أثار هذا الجدل من قبل بين أساتذة القانون فهناك من كيف البيع الإيجاري على أنه عقد إيجار مقترن بشرط فاسخ مصحوب ببيع معلق على شرط واقف، كما اعتبره جانب آخر من الفقه بأنه عقد مركب يهدف إلى غرضين مختلفين في وقت واحد نقل الملكية للمشتري في حالة إتمام الأقساط وإيجار في حالة إعسار المشتري وعدم تمكنه من دفع الأقساط المتفق عليها أو في حالة إفلاسه وقد انتقد الرأيين السابقين على أساس أنه لا يمكن وصف عقد واحد بوصفين متضاربين

ومختلفين في الهدف أما بالنسبة للقضاء فيرى أنه لتحديد التكييف القانوني للبيع الإيجاري هل هو بيع أو إيجار يجب النظر والبحث عن إرادة المتعاقدين وتستخلص الجهة القضائية هذا القصد مهتدية بنصوص العقد والبحث فيه عن نية المتعاقدين أما في فرنسا فقد كان يعتبر هذا التصرف إيجارا فيما بين المتعاقدين فيكون المشتري مبدئا إذا تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن ولكنه بالنسبة لدائني المشتري يعتبر بيعا فلا يستطيع البائع أن يسترد المبيع من تفلسة المشتري.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتبره بيعا معلقا على شرط واقف وهو الوفاء بكافة الأقساط حتى لو أعطى المتعاقدين وصفا آخر لهذا التصرف وهذا ما نصت عليه المادة 363 الفقرة 04 هو نفس الوصف المتضمن في القواعد الخاصة في المرسوم التنفيذي 97-35 والمرسوم 01-105 ،إن هذا البيع المنصوص عليه في كلا المرسومين يبين كذلك على أنه بيع معلق على شرط واقف ويمكن أنه نسب ذلك بالاعتماد على مايلي:

-رغبة المشرع في مواكبة النصوص الواردة في القواعد العامة.

- نية المتعاقدين في هذا العقد هو البيع والشراء وليس الإيجار في ظل المرسوم التنفيذي 97-35 المادة 07 منه إشارة إلى أن هذا العقد يتمثل في العقد الذي يلتزم فيه ديوان الترقية والتسيير العقاري بتحويل ملك عقاري إلى المشتري في أي لحظة وهذا يتنافى مع عقد الإيجار لأنه ليس ناقل للملكية كما أن نص المادة 08 منه تشير لدلالة واضحة على استبعاد عقد الإيجار فعند قبول المستأجر شروط البيع بالإيجار يقوم ديوان الترقية والتسيير العقاري بإلغاء عقد الإيجار فلا يعقل إعمال عقد قد ألغي كما أن بعض المصطلحات الواردة في المادة 01-105 تدل كذلك على أن التصرف هو بيع ومثال ذلك نجد مثلا: ثمن المسكن، طلب شراء السكن، تقديم طلب الشراء، لفظ الأقساط.

ثالثا: تمييز البيع الإيجاري عن غيره من العقود:

أ/تمييزه عن عقد البيع البات (النهائي):

في البيع البات تنتقل الملكية إلى المشتري باتة (بصفة نهائية) غير معلقة على شرط واقف أما في البيع الإيجاري تنتقل الملكية معلقة على شرط واقف، وهو الوفاء بكافة الأقساط ولمدة محددة وإذا انتقلت الملكية إلى المشتري في البيع البات فلا تنفسخ من تلقاء نفسها بمجرد عدم وفاء المشتري بالثمن بل لابد من حكم للفسخ كما أن القاضي لا يكون ملزما بالحكم بفسخ البيع بل يجوز أن يمنح المشتري مهلة الوفاء بالثمن وفقا للقواعد المقررة لفسخ العقد في القواعد العامة.

أما في البيع الإيجاري فبمجرد تأخر المشتري عن الوفاء بالثمن فيعد تخلف الشرط فيعتبر البيع كأنه لم يكن دون الحاجة إلى حكم أو اللجوء إلى القضاء.

ب/تمييزه عن الإيجار المقترن بالوعد بالبيع:

يجب أن نميز بين فرضين:

الفرضية01: أن يكون المتعاقدان يريدان حقيقة البيع بالتقسيط منذ البداية بحيث يجعل المؤجر الموعود بالبيع معلق على شرط وفاء المستأجر بأقساط الإيجار في المدة المتفق عليها وأن يجعل الثمن في حالة ظهور رغبة المستأجر في الشراء هي أقساط الإيجار ففي هذه الفرضية يكون التصرف بيع بالتقسيط لا إيجار ويعتبر المشتري مالكا تحت شرط واقف فلا يكون مبددا إذا هو تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن ولا يستطيع البائع استرداد المبيع من تفلسة المشتري.

الفرضية02: أن يعقد المتعاقدان إيجارا جديا مقترنا بوعد بالبيع فيؤجر المالك العين المبيعة بأجرة تدفع أقساطا ويعد المالك المستأجر بأن يبيعه العين إن أبدى رغبته في شراء هذا خلال مدة الإيجار فتكون الأقساط التي يدفعها المستأجر هي أقساط الأجرة حقيقة وليست أقساط البيع ففي هذه الحالة يكون العقد إيجارا لا بيعا بالتقسيط فلا تنتقل الملكية إلى المستأجر فإذا تصرف في العين المؤجرة اعتبر مبددا فهذا التصرف يكيف على أن له وصفان أحدهما إيجار والآخر وعد بالبيع بعكس البيع الإيجاري الذي يكيف على أنه تصرف واحد وهو البيع.

رابعا: خصائص عقد البيع الإيجاري:

أ/ **عقد معاوضة:** حيث يأخذ فيه كل متعاقد مقابلا لما يعطيه.

ب/عقد محدد القيمة: حيث يعلم كل طرف مقدار ما يأخذه ومقدار ما يعطيه.

جـــ/عقد شكلي نموذجي: يقصد بالشكلية أنه يجب أن تتبع الشكلية التي فرضها المشرع كركن من أركان العقد اللازمة حتى يرتب آثاره باعتبار أن محل العقد هو عقار فيجب أن يحرر في الشكل الرسمي وأن يسجل ويشهر بالمحافظة العقارية حتى يرتب كافة آثاره وهو عقد نموذجي لأن المشرع أوجب إفراغه في نموذج معين حددته المادة 17 من القرار المؤرخ في 2001/07/23.

د/عقد بيع معلق على شرط واقف: وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 17 من المرسوم التنفيذي المؤرخ في 2001/04/23 بنصها على مايلي: «يجب أن يحدد العقد الطابع الموقف للبيع بالإيجار في حالة عدم احترام المستفيد أحد الشروط التي يتضمنها.»

هـــ/أنه من عقود الإذعان: ويستلخص ذلك من خلال أن المستفيد ليس له حق مناقشة شروط العقد كتمديد مدة العقد أو الثمن، فله الحق إما أن يقبل بتلك الشروط فيحرر العقد وفقا لها أو أن يرفضها فلا ينعقد العقد، ومن خلال هذه الخاصية نلاحظ أن المشرع أورد حماية للمرقي العقاري.

خامسا: أركان عقد البيع الإيجاري:

هي نفسها الأركان الموجودة في القواعد العامة مع بعض الخصائص التي تضمنتها النصوص المنظمة لهذا العقد (97-35و 01-105).

أ/ الرضـــــا: بالإضافة إلى ما استقرت عليه القواعد العامة بخصوص هذا الركن من ضرورة توافر الأهلية اللازمة لانعقاد العقد وخلوها من عيوب الرضا يجب أن نشير إلى أن العقد النموذجي المتضمن البيع بالإيجار نص صراحة على ضرورة تطابق الإيجاب مع القبول وذلك من خلال تصريح كل من المرقي العقاري والمستفيد على موافقة كل منهما على قبول شروط التعاقد كما هي واردة في العقد، فيتضمن تصريح المرقي العقاري ، يوافق المتعهد بالترقية العقارية على وضع المسكن المعين في العقد للبيع بالإيجار طبقا لأحكام المرسوم التنفيذي 01-105 ويتضمن أيضا تصريحه بأن يضع تحت تصرف المستأجر المستفيد حسب صيغة البيع بالإيجار المسكن المعين في مستهل هذا العقد مع التزامه بكل الضمانات العادية والقانونية وتضمن تصريح المستفيد بقبوله صراحة للشروط المنصوص عليها في هذا العقد ويصرح على ذلك بانضمامه الكامل إلى القواعد المنظمة للملكية المشتركة وباعتباره أن هذا النوع من العقود يتصف بصفة الإذعان فعلى المستفيد عدم مناقشة بنود العقد، كما لم يكتف المشرع في ركن الرضا بضرورة تطابق الإيجاب والقبول وتوافر الأهلية الكاملة بل أضاف جملة من الشروط التي تتعلق بشخص المستفيد دلالة على خاصية الإذعان التي يتميز بها هذا العقد فاشترط فيه الشروط التالية:

-كل شخص لا يملك أو لم يسبق له تملك عقار ذا استعمال سكني ملكية تامة.

-عدم الاستفادة من أي إعانة مالية من الدولة كبناء سكن أو شراءه.

-أن لا تتجاوز مداخيله 05 مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون.

-لا تتاح هذه الاستفادة إلا مرة واحدة لذات الشخص.

-يجب أن يثبت مستوى أو حد من المداخيل التي تسمح له بتسديد الأقساط الثابتة في آجالها و هذا ما نصت عليه المادة 01 من المرسوم التنفيذي 01-105.

ب/ المحـــــل: محل أي عقد هو العملية القانونية التي يريد المتعاقدين تحقيقها أو إنشائها وباعتبار عقد البيع الإيجاري عقد ملزم لجانبين فهو ينشأ في ذمة المرقي البائع التزام محله البيع في حين أن التزام المشتري محله الثمن.

1-المبيع: يجب أن يكون العقار المبيع موجودا وقت العقد فلا يمكن تصور وجود هذا المحل في وقت لاحق للبيع مثل عقد البيع بناءا على التصاميم، يجب أن يكون معينا و لم يشترط المشرع التعيين فقط بل اشترط أيضا أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ولما كان محل البيع الإيجاري عقار يجب أن يحدد تحديدا نافيا للجهالة وهو ما أشار إليه وأكده

القرار المتضمن العقد النموذجي للبيع الإيجاري والذي أشار إليه ضرورة وصف المسكن موضوع البيع بالإيجار من خلال تحديد:

أولا: الموقع.

ثانيا: المشتملات (نوع البناية، الطابق، العمارة).

ثالثا: المساحة المكونة (عدد الغرف والمساحة إجمالا).

رابعا: المساحة المستخدمة.

أما فيما يخص العلم بالمبيع فنصت عليه كذلك المادة 350 من القانون المدني فنصت على ضرورة أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه وهو ما أكدته المادة 11 من القرار المؤرخ في 2001/07/23 بنصها على مايلي: «عند استلام المستفيد المسكن يجب أن تنظم زيارة حضورية للمكان المعني وتتوج المصالح التقنية للترقية العقارية هذه العملية بمحضر التسليم. »

فبالرغم من أن العقد تضمن أوصافا جوهرية للعين المبيعة إلا أن هذا لا يمنع المستفيد من تفقد المبيع وإن كان الغرض هو إبداء التحفظات من طرفه فقط.

أما فيما يخص ملكية البائع للعين المبيعة يجب أن يكون العقار محل عقد البيع الإيجاري مملوكا للمرقي العقاري وإلا عد ذلك بيع ملك الغير، إضافة إلى ذلك فإن القواعد الخاصة التي تضمنها المرسوم التنفيذي 01-105 تشترط كذلك جملة من الشروط في المسكن محل التعاقد حددها دفتر الشروط الذي تضمنه القرار المؤرخ في 2001/07/17 فيجب:

-إنشاء المساكن المعدة للبيع بالإيجار وفقا للمخططات العمرانية المتعلقة بكل موقع حضري.

-احترام التعليمات التقنية وغيرها.

2-الثمــــــن: يجب أن يتصف الثمن بجملة من الشروط:

-أن يكون نقدا.

-أن يكون مقدرا أو محددا: فيجب أن يكون محددا من أجل إعداد رزنامة الاستحقاق وبالتالي تحديد الأعباء.

-أن يكون جديا: وبالنسبة لتقدير الثمن أشار العقد النموذجي على ضرورة أن يبين الثمن بالأرقام والحروف مع تبيان الثمن النهائي كما ينص فيه على أن هذا الثمن نهائي ولا يقبل المراجعة خلافا لعقد البيع بناءا على التصاميم وأهم ما يميز البيع الإيجاري هو طريقة دفع الثمن فهي تتم وفق شكل ونسق مميز، بحيث يتم دفع قسطا أوليا كالتزام أولي وبعد ذلك يتم خصم هذه الحصة الأولية من المبلغ النهائي للمسكن والمبلغ المتبقي يقسم على عدد الأشهر المكونة لمدة العقد وبالتالي الحصول على رزنامة استحقاق الأقساط الشهرية ويجب ذكر مبلغ الدفعة الأولى التي يدفعها المستفيد بالحروف والأرقام مع تبيان أو إثبات ذلك بسندات الوصول المسلمة قانونا لهذا الغرض.

يثبت البائع أو المبلغ المبين أعلاه بواسطة وصل بنكي مصادق عليه والمسلم من طرف المستفيد إلى المرقي بتاريخ معين يقوم بتسجيله بسجلات المحاسبة وهذا ما نصت عليه المادة 02 من المرسوم التنفيذي 01-105.

أما بالنسبة لكيفية تقديم الثمن فحسب المرسوم التنفيذي 97-35 في المادة 14 منه يؤكد على أن تحديد الثمن يتم بقرار من الوزير المكلف بالسكن أما في المرسوم التنفيذي 01-105 فإن المادة 05 منه تنص على أن تقدير الثمن يكون على أساس الكلفة النهائية لإنجاز المسكن بما تضمنه من نفقات شراء الأرض، مصاريف التسيير التقني والإداري التي تحتسب قبل نقل الملكية.

3-السبـــــب: حسب المواد 97،98 من القانون المدني فيجب أن يكون السبب موجودا ومشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

4-الشكلـــــية: باعتبار أن محل العقد هو عقار فيجب إذا مراعاة المشكلات التي حددها والتي تحت طائلة بطلان التصرف بطلانا مطلقا إذا تعلق الأمر بتخلف ركن التوثيق وعدم نفاذه تجاه الغير إذا تعلق بالإشهار والتسجيل.

***التوثيق:** حسب المادة 12 من قانون التوثيق فإن العقود التي تتضمن نقل عقار أو الحقوق العقارية يجب أن تحرر في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق وهو نفس ما نصت عليه المادة 324 مكرر01 من القانون المدني ويترتب على تخلف هذا الشرط بطلان العقد بطلانا مطلقا في حين أن الشهر نصت عليه المادة 793 من القانون المدني والمادتين 15،16 من الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام ويترتب على تخلف الشهر عدم انتقال الملكية، وقد نصت كذلك على هذه الإجراءات النصوص الخاصة بهذا العقد لاسيما المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 97-35 وكذلك المادة 17 من المرسوم التنفيذي 01-105.

سادسا: آثـــــار عقد البيع الإيجاري:

يرتب عقد البيع الإيجاري التزامات متقابلة لكل طرف فيه.

أ/ التزامات البائـــــع المرقـــــي:

1- الالتزام بنقل ملكية المسكن: نصت على هذا الالتزام المادة 363 الفقرة01 من القانون المدني على أنه إذا كان **الثمن مؤجلا** جاز للبائع أن يكون نقل الملكية إلى المشتري **موقوفا** على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع، كما نصت الفقرة 03 من نفس المادة على أنه إذا وفا المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع فعقد البيع الإيجاري ينشأ التزام في ذمة المرقي العقاري بنقل الملكية إلى المستفيد متى استوفى جميع الأقساط وبالتالي يجب على المرقي العقاري القيام بكل ما هو لازم لنقل ملكية المسكن والامتناع عن كل عمل من شأنه أن يجعل حق المستفيد عسيرا أو مستحيلا كما أشارت المادة 07 من المرسوم التنفيذي 97-35 إلى هذا الالتزام بنصها على مايلي: «عقد البيع بالإيجار المنصوص عليه أعلاه هو العقد الذي يلتزم بموجبه ديوان الترقية والتسيير العقاري باعتباره المالك أو المؤجر أن

يحول ملكا عقاريا ذا استعمال سكني لأي مشتري إثر فترة تحدد باتفاق مشترك. » كما أشار إلى هذا الالتزام المرسوم التنفيذي 01-105في المادة 19 منه والمادة 11 حيث تنص المادة 19 منه على مايلي: «تنتقل ملكية المسكن المعني وفقا للقواعد المعمول بها بعد تسديد ثمن المسكن بكامله. » وأشارت إليها كذلك المادة 11 من القرار المؤرخ في 2001/07/23 المتضمن العقد النموذجي للبيع الإيجاري.

2-الالتزام بتسليم المسكن: نصت عليه المادة 167 من القانون المدني: « الالتزام بنقل الحق العيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم. » كما تنص المادة 364 من نفس القانون على مايلي: « يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع المشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع. » كما نصت المادة 367 الفقرة 01 على مايلي: « يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسلما ماديا ما دام أن البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه. » وتختلف طريقة التسليم باختلاف محل التصرف وباعتبار أن محل التصرف هو مسكن فيتحقق التسليم هنا بواسطة تسليم المستندات والمفاتيح فالتسليم هنا هو تسليم قانوني وقد أكدته المادة 10 من المرسوم التنفيذي 01-105 على أنه يتم تسليم المسكن بعد أن يقبل المستفيد بشروط العقد ويدفع 25 % من ثمن المسكن وتحرير عقد البيع بالإيجار وهذا ما نصت عليه المادة 10 من القرار المؤرخ في 2001/07/23 كما اشترطت المادة 11 منه ضرورة تنظيم زيارة المكان بين المعني والمصالح التقنية تتوج بمحضر تسليم يوقعه الطرفان.

3- التزام المرقي بالضمــــــان: وهو الالتزام بضمان التعرض الشخصي وضمان التعرض الصادر من الغير.

***الالتزام بضمان التعرض الشخصي:** يستند هنا الضمان إلى القواعد العامة ووفقا لهذه الأخيرة فإن أساس هذا الضمان هو عقد البيع بالإيجار ومقتضى هذا الالتزام أن يمتنع المرقي عن القيام بأي عمل مادي أو قانوني مباشر أو غير مباشر يكون من شأنه حرمان المستفيد (المشتري) من الانتفاع بالبيع كليا أو جزئيا وذلك تطبيقا للقاعدة التي تنص عـــلى :« من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض. » ويتحقق التعرض المادي بكل عمل أو فعل يأتيه المعتدي سواء كان بصورة مباشرة أو غير مباشرة كاغتصاب المسكن خلافا للتعرض القانوني وهو الذي يستند فيه إلى حق مدعى به كأن يكون المرقي غير مالك للمسكن قبل البيع وبعد البيع يتملك ذلك المسكن، فإذا وقع التعرض المادي يكون المستفيد الحق في طلب التنفيذ العيني مع التعويض (إزالة التعرض) أما في حالة التعرض القانوني مثل تعرض الغير الذي يرفع دعوى استرداد المسكن فيدفع المستفيد هذه الدعوى على أساس التزام البائع بالضمان.

***الالتزام بضمان تعرض الغير:** يلتزم المرقي بضمان تعرض الغير عن طريق دفع أي تعرض يؤثر على حيازة المستفيد متى كان هذا التعرض يستند إلى حق ثابت للغير وقت البيع أو آل إليه بعد البيع من المرقي نفسه ويتجلى هذا الالتزام في مظهرين:

-التزام المرقي بدفع تعرض الغير.

-التزام المرقي بتعويض المشتري إذا أثبت الغير ما يدعيه من حق وهو ما يعرف بضمان الاستحقاق حتى يكون البائع ضمانا للتعرض الصادر من الغير يجب أن تتوفر الشروط الآتية:

1- أن يكون التعرض قانوني.

2- أن يكون حق المتعرض ثابتا له وقت البيع أو آل إليه بعد البيع بفعل المرقي العقاري.

3-أن يقع التعرض فعلا.

وفي كل الأحوال يجب على المستفيد أن يخطر المرقي التعرض الحاصل له فتختلف حقوق المستفيد قبل المرقي تبعا لما إذا كان قد أخطر المرقي أم لا.

ما بالنسبة لحالة إخطار المرقي العقاري، يجب على المرقي أن يتدخل في الدعوى ليقوم بالرد على إدعاءات المتعرض، في هذه الحالة نكون أمام فرضين: أحدهما إيجابي والآخر سلبي:

1- إذا تدخل وتمكن من الرد على إدعاءات المتعرض فيكون قد نفذ التزاماته تنفيذا عينيا أما إذا استحق الغير العين المبيعة فيكون ضامنا ويلتزم بالتعويض.

2- أما في حالة عدم تدخل المرقي رغم إخطاره ففي هذه الحالة للمشتري الحق في طلب الفسخ مع التعويض.

ب/التزامات المستفيـــــــد:

1-الالتزام بدفع الثمن: يتم الوفاء بالثمن بالطريقة المتفق عليها بين المتعاقدين سواء بالتقسيط أو جملة واحدة ويتحمل المشتري نفقات الوفاء بالتزامه طبق لأحكام المادة 233 من القانون المدني، كما تطرق المشرع في هذا الالتزام في ظل أحكام المرسومين التنفيذيين 97-35 و01-105 ففي ظل المرسوم التنفيذي97-35 المتعلق بالبيع الإيجاري للمساكن التابعة لديوان الترقية والتسيير العقاري فإن الثمن يتم دفعه على شكل أقساط وتتم عملية الوفاء بهذا الالتزام وفقا للآتي:

*يتعين على المستفيد دفع حصة مالية ابتدائية كحد أدنى تقدر بـــ 20% من المبلغ الإجمالي عندما تكون مدة عقد البيع بالإيجار محصورة بين 10 إلـــى 15 سنة وتقدر الحصة الأولية بـــ15% من المبلغ الإجمالي عندما تكون مدة عقد البيع بالإيجار محصورة بين 05إلـــى10 سنوات وتقدر الحصة الأولية بـــ10% من المبلغ الإجمالي عندما تكون مدة عقد البيع بالإيجار أقل من 05 سنوات أما بالنسبة لباقي الثمن والذي يمثل قيمة الملك العقاري منقوصة من الحصة الابتدائية وإعانة الدولة إن وجدت على عدد الأشهر التي يحتوي عليها العقد وتمثل المبالغ المحددة الاستحقاقات الشهرية وإذا كانت رزنامة الاستحقاق تحتوي على تسديد مبالغ شهرية متغيرة وجب أن لا يكون مبلغ كل واحدة منها على الأقل من 50% من مبلغ الاستحقاق الأول وذلك حسب المادة 10 من المرسوم التنفيذي97-35 يجب أن ترفق رزنامة الاستحقاقات الشهرية بعقد البيع بالإيجار كما يتعين على المستفيد أن يدفع لديوان الترقية والتسيير العقاري المبلغ المستحق شهريا وفي الأجل المحدد تحت طائلة تطبيق غرامة التأخير عن كل أجر مستحق وغير مدفوع (المادة 11 من

المرسوم التنفيذي 97-35 ويكون باقي الثمن مضمونا لفائدة ديوان الترقية والتسيير العقاري بامتياز يقدمه المستفيد ويتم تسجيله وانقضاؤه وفقا للتنظيم المعمول به في المادة 12 من المرسوم التنفيذي 97-35 أما في ظل المرسوم التنفيذي 01-105 فيجب على كل من يريد شراء مسكن وفقا لتقنيات البيع بالإيجار وفقا للصيغة المحددة في المرسوم التنفيذي 01-105 أن يدفع حصة ابتدائية أو دفعة لا تقل عن 25% من ثمن المسكن، 10% منها يدفعها المستفيد مجرد إعلان قبول طلبه وهذا كالتزام نهائي منه بالشراء، ويدفع 15% المتبقية من 15% عند توقيع عقد البيع بالإيجار (المادة 07) ويجب أن يودع وصل دفع 10% من ثمن المسكن لدى مصالح الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره (ADL) ليرفق بملف المستفيد ويجب أن يسدد المستفيد في كل الحالات، ثمن المسكن وذلك بعد خصم الدفعة الأولى زائد مبلغ الاستفادة من الصندوق الوطني لدعم السكن (CNN) خلال مدة لا تتجاوز 20 سنة ويتم تسديد الثمن المؤجل وفق أقساط تبين المبلغ الواجب دفعه شهريا موزعة على المدة المتفق عليها ويجب أيضا على المستفيد أن يسدد آخر قسط من ثمن بيع المسكن قبل أن يتجاوز عمره 65 سنة مع الإشارة إلى أنه يمكن للمستفيد أن يسدد الأقساط قبل حلول أجل استحقاقها مع ضرورة تعديل هذه الرزنامة حسب المبالغ المسددة مسبقا، غير أنه لا يجوز تعديل هذه الرزنامة بغرض تمديد مدة الدفع فقط (المادة 10) ومتى قام المستفيد بالوفاء بالثمن انتقلت إليه الملكية بأثر رجعي من وقت إبرام العقد (المادة 19 من المرسوم التنفيذي 01-105 بالإضافة إلى المادة 11 من العقد النموذجي الذي تضمنه القرار المؤرخ في 2001/07/23.

***الجزاءات المترتبة في حالة عدم الوفاء بالثمن:**

حسب القواعد العامة إذا لم يقم المشتري المستفيد بدفع الثمن رغم حلول أجل استحقاقه يقوم البائع:

- **التنفيذ على أموال المشتري:** يعد المرقي العقاري البائع دائن للمستفيد وبالتالي فمن حقه كسائر الدائنين أن يستوفي حقه بالحجز على أموال مدينة وبيعها جبرا بالمزاد العلني واستيفاء حقه من الثمن الذي يرسو عليه المزاد وقد أشرنا سابقا أن المرقي العقاري ضمان خاص لذلك قرر له المشرع امتياز خاص يخوله حق استيفاء الدين (الثمن) بالأولوية عن غيره من الدائنين (المادة 993 من القانون المدني) و(المادة 12 من المرسوم 97-35).

-الحق في حبس المبيع: إذا كان المبيع لا يزال في يد البائع و لم يوف المشتري الثمن فإن له أن يمتنع عن تسليم المبيع فيحبسه إلى أن يستوفي الثمن كاملا سواء قبل انتقال الملكية أو بعدها.

-الحق في الفسخ: طبقا للقواعد العامة يكون للبائع الحق في فسخ البيع إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن عملا بالقاعدة العامة الواردة في القانون المدني في مادته 119 والفسخ بوصفه جزاءا لإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية لا يقع بقوة القانون بل لابد أن يصدر بحكم قضائي نهائي ويمكن للمدين أن يتوخى الفسخ بالمبادرة بتنفيذ ما عليه من التزام كما يمكن للقاضي (سلطة تقديرية) أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له رفض الفسخ إذا كان ما وفا به

المدين أكثر مما بقي في ذمته، غير أنه في القواعد الخاصة التي تضمنها المرسوم التنفيذي 97-35 والمرسوم التنفيذي 01-105 نجد أحكام متميزة للفسخ مقارنة بالقواعد العامة.

1- بالنسبة للمرسوم التنفيذي 97-35: تنص المادة 11 الفقرة 02 منه في حالة عدم دفع 06 أقساط استحقاق متتالية وبعد إنذارين يعتبر عقد البيع بالإيجار ملغى وتعتبر المبالغ المدفوعة إيجارات مسبقة ويجب أن تبين أحكام هذه المادة صراحة في عقد البيع بالإيجار وإلا اعتبر العقد باطلا.

نلاحظ أنه وبخلاف القواعد العامة فإن الفسخ المقرر هنا هو الفسخ الإتفاقي وليس فسخ قضائي فيقع تلقائيا بعد توجيه إنذارين دون الحاجة إلى صدور حكم بذلك.

2- بالنسبة للمرسوم 01-105: فقد نصت المادة 12 منه على مايلي: «يترتب عن عدم دفع 06 أقساط شهرية فسخ عقد البيع بالإيجار على حساب المستفيد.

وفي حالة الفسخ على حساب المستفيد يتم رفع دعوى طرد على المستفيد وإعادة المسكن المتعهد بالترقية وذلك بعد أن يكون قد خصم من المبلغ قيمة الأقساط الشهرية التي لم تسدد ونفقات الإصلاح والإتلاف التي لحقت بالمسكن بالإضافة إلى نفقات التغيير التقني والإداري بالإضافة إلى المصاريف القضائية. »

ونلاحظ من خلال نص المادة 12 السابقة الذكر مايلي:

-أن الفسخ المقرر هو الفسخ الاتفاقي باعتبار أن هذا الشرط مدمج في العقد فلا نكون بحاجة لصدور حكم يؤكده (صدور حكم أو مطالبة المدين بالوفاء بعد الإعذار) ويتبين من خلال المادة 106 من العقد النموذجي التي تؤكد على تعهد المستفيد بتسديد منتظم للأقساط بدون حاجة إلى صدور أمر عن المتعهد بالترقية الالتزام بدفع مصروفات البيع وتكاليف المبيع نصت المادة 388 من القانون المدني على تكاليف البيع وهي المصروفات اللازمة لإبرام العقد وشهره وتوثيقه بالنسبة لتكاليف المبيع نصت على ذلك المادة 389 من القانون المدني مثل الضرائب المفروضة عليه ونفقات صيانته وهو ما تضمنته كذلك المادة 18 من العقد النموذجي.

ويلتزم المستأجر المستفيد خلال كل الفترة التخطي آجال الدفع بالتقسيط بدفع نفقات كل الإصلاحات التي يقوم بها داخل مسكنه دون تدخل المتعهد بالترقية العقارية.

2- الالتزام بتسلم المسكن: نصت عليه المادة 394 من القانون المدني فعلى المشتري تسلم المبيع دون إبطال إلا ما يقتضيه النقل من زمن ونفقات تسلم المبيع تكون على حساب المستفيد ما لم يوجد اتفاقا يقضي بغير ذلك.

ويتم تسلم المسكن بعد الانتهاء من تسديد الدفعة الأولى بحيث يحرر عقد البيع بالإيجار حسب القواعد المنظمة له ثم يتم تسليم المفاتيح ومستندات الملكية وعند استلام المفاتيح تنظم زيارة معاينة للمسكن من المعني والمصالح التقنية للمتعهد بالترقية العقارية ثم يحرر محضر يوقعه الطرفان.

3-الالتزام باستغلال المسكن: نصت عليه المادة 13 من العقد النموذجي من القرار المؤرخ في 2001/07/23 بنصها على مايلي: «يمكن أن يترتب على عدم شغل المسكن لمدة تفوق 03 أشهر بعد تسلم المفاتيح مراجعة قرار البيع بالإيجار واتخاذ التدابير الرامية لفسخ العقد»، وبالتالي يجب على المستفيد استغلال المسكن فإذا لم يستغله أو يشغله للمدة المحددة يمكن مراجعة العقد الذي يربطه بالمرقي العقاري وإذا كان من حق المستفيد استغلال المسكن فنلاحظ أنه واجب والتزام يقع على عاتقه وهي خاصية يلزم بها عقد البيع الإيجاري عن غيره فحق المستفيد في استغلال مسكنه مقيد بقيدين:

*الالتزام بالامتناع عن إبرام أي معاملة أو تصرف لمدة 10 سنوات يبدأ احتسابها ابتداء من تاريخ إبرام العقد وذلك ما نصت عليه المادة 21 من المرسوم التشريعي 01-109.

*الالتزام بأن يمتنع عن القيام بأي تغيير أو تعديل في المسكن موضوع هذا العقد وهذا ما نصت عليه المادة 06 من القرار.

4-الالتزام باحترام قواعد الملكية المشتركة: يحدد المتعهد بالترقية العقارية الحجية النسبية من الملكية، وذلك لتمكين المشتري المستفيد من هذه التقنية للتمتع الكامل بحقوق الملكية على الأجزاء المشتركة ابتداء من تاريخ التوقيع على العقد وهكذا يكون قد أعلن عن انضمامه إلى إدارة العقار أو العقارات التي ينتسب إليها ويشارك فيها وفقا للقوانين والتنظيمات التي تحكم الملكية المشتركة أهمية ودور عقد البيع بالإيجار يلعب هذا العقد دورا بالغا كأحد التقنيات في الترقية العقارية فمن الناحية الاقتصادية يعد هذا النوع من العقود أحد مجالات الاستثمار التي تجلب مرقين أو متعاملين وطنيين أو أجانب ومن الناحية الاجتماعية يساهم هذا النوع من العقد في القضاء على أزمة السكن إما من الناحية التقنية فنلاحظ أن هذا النوع من السكنات يتطابق مع الشروط المنظمة له والشروط والذي يتضح من خلال دفاتر الشروط التي يلتزم كل متعامل في الترقية العقارية باحترامها أو إما من الناحية القانونية فيمكن القول أنه بالرغم من أن هذه الصفة تشكل اثراءا للحياة القانونية غير أن هذا لا يعني خلوها من بعض الملاحظات فالمشرع أفرط في خاصية الإذعان بحيث نلاحظ إجحاف بحق المستفيد في أكثر من وضع خاصة في تقرير حق فسخ العقد على حساب المستفيد بحيث لا يستطيع هذا الأخير تفادي الفسخ عن طريق التنفيذ العيني وفقا للقواعد العامة بالإضافة إلى كثرة الأخطاء في استعمال المصطلحات القانونية فيتجه لتمسك طابع الإذعان في العقد حتى أنه رقاه إلى درجة القرار (المادة 08 من 97-35 والمادة 11 و13 من القرار) والأحرى بالمشرع التخفيف من حدة خاصية الإذعان وذلك لخلق توازن بين الحقوق والالتزامات بين الطرفين.



تعريـــــــف الملكية المشتركة:

عرفت الملكية المشتركة المادة 743 من القانون المدني الملكية المشتركة كمايلي: «هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة. »

لذلك نلاحظ أنه في البنايات الجماعية أن المبنى مقسم إلى طبقات يعلو بعضها البعض وكل طابق مقسم إلى شقق مما يستلزم تعدد الملاك للشقق أو الطبقات بحيث قد يملك كل شخص طابق أو شقة ملكية مفرزة مع اشتراكهم جميعا في ملكية الأجزاء المعدة للاستعمال المشترك وهي مذكورة في المادة 745 التي تنص على مايلي: «تعتبر أجزاء مشتركة أجزاء العقارات المبنية وغير المبنية التي يملكها على الشيوع كافة المالكين المشتركين بالنسبة لنصيب كل واحد منهم في كل حصة لاستعمال أو منفعة جميع المالكين المشتركين أو لأكبر عدد منهم، وتعد أجزاء مشتركة ما يلي:

-الأرض والأفنية والبساتين والجنائن والمداخل.

-الجدران الأساسية في البناء وأدوات التجهيز المشتركة بما فيها أجزاء الأنابيب التابعة لها التي تمر على المحلات الخاصة.

-الخزائن وغلاف ورؤوس المداخل المعدة للاستعمال المشترك.

-الرواق الخارجي والدرابيز والأسطح ولو خصصت كلها أو بعضها للاستعمال الخاص من طرف شريك واحد.

-المحلات المستعملة للمصالح المشتركة.

-القاعات الكبرى وممرات الدخول والدرج والمصاعد.... ».

كيفية اكتساب صفة المالك والشاغل:

كل من تحصل على ملكية حصة في بناية جماعية يعد شريكا في ملكية مشتركة ويعد مخاطبا بأحكام المادة 756 مكرر02 والمادة 15 من المرسوم 83-666.

ومن بين الطرق نذكر مايلي:

أ/ اكتساب حصة في ملكية مشتركة: بمجرد شراء شخص عقار خاضع لنظام الملكية المشتركة وبمجرد توقيعه على عقد البيع أمام الموثق يكتسب صفة الشريك في الملكية المشتركة ويكون ملزما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن نظام الملكية المشتركة مع جدول الوصفي للقسمة.

فمتى وكيف يتم اكتساب حصة في ملكية المشتركة؟

نجد في هذا الصدد القانون رقم 81-01 المتعلق بالتنازل عن أملاك الدولة حيث تحولت الملكية الفردية (كانت تابعة إما للدولة أو الجماعات المحلية) إلى ملكية جماعية و أصبح تسيير الأجزاء المشتركة في البنايات الجماعي وإدارتها وصيانتها خاضع للقواعد التي تنظم الملكية المشتركة وذلك طبقا للمادة 28 من نفس القانون.

1-شراء حصة في بناي جماعية: ومثالها المرسوم التنفيذي 97-35 و 03-269 في المادة 14 منه.

2- شراء حصة في إطار الترقية العقارية: في إطار المرسوم التشريعي 93-03 في المادة 09 و13 التي تنص على أنه بالنسبة للبنايات الجماعية يرفق المحضر ببيان وصفي للملكية المشتركة، بالإضافة إلى نص المادة 01 من المرسوم التنفيذي 94-58 بالرجوع إلى هذا الأخير نلاحظ بأن المشتري يصرح بأنه اطلع على الملف المتعلق بالمشروع أي أنه اطلع على التصاميم والكشوف التقديرية الوصفية للبناية وعلى قبوله البيع وبالتالي ينظم للملكية المشتركة، فبمجرد التوقيع حسب المادة 02 فإن الملكية تنتقل بمجرد التوقيع على العقد ويجوز التمتع بالعقار والمبيع بعد تحرير محضر التسليم أمام الموثق وعليه يصبح المشتري شريكا في الملكية المشتركة.

ب/ انحلال شركة مدنية عقارية أو انسحاب أحد أعضائها: تعد الشركة المدنية العقارية مالكة للعقارات والشركاء أصحاب حصص وبالتالي ليسوا مالكين وعند انحلال التركة كليا يصبح لكل شريك حصة مستقلة في العقار وبالتالي يصبح شريك في الملكية المشتركة، كما أن انسحاب أحد الشركاء يؤدي إلى فرز حصته عن بقية الحصص المقدمة من الشركاء الآخرين، وبالتالي نشأ نظام الملكية المشتركة والتعاونيات العقارية نظمها الأمر 76-93 ويقصد المراد منها حسب المادة 02 الحصول على ملكية السكن العائلي فتقوم هذه الأخيرة لصالح أعضائها بالبناء أو الشراء.

وطبقا للمادة 80 فإنه قبل تخصيص المالكين يتم التوقيع على نظام اتفاقي للملكية المشتركة الناتج عن الحل الجزئي لها.

وحسب المرسوم إذا كانت تقوم بإنجاز أو تجديد أملاك عقارية لبيعها أو إيجارها لغير الأعضاء.

جـــ/ الشيوع: عند انتقال الملكية بواسطة الميراث يصبح الورثة شركاء على الشيوع فإذا اختار الورثة قسمة العقار يصبح هؤلاء شركاء في الملكية المشتركة.

د/ حق الشفعة لمستأجر حصة في الملكية المشتركة: وهي رخصة تجيز الحلول محل المشتري.

السندات المتعلقة بالملكية المشتركة:

إن اكتساب الملكية لا يكفي اكتساب صفة المالك الشريك ضمن بناية ذات استعمال جماعي فيجب بالإضافة إلى عقد الملكية الجرد الخاص أو القرار القضائي المشهر الذي يشمل مجموع العقار وجود وثائق متعلقة بنظام الملكية المشتركة وأهمها:

-نظام الملكية المشتركة ويسمى كذلك دفتر الشروط نصت عليه المادة 14 من المرسوم 83-666 والمادة 748 من القانون المدني والمادة 67 من المرسوم 76-63.

-الجدول الوصفي للتجزئة ولقد نصت عليه المادة 67.

أ/ **نظام الملكية المشتركة:** والذي يكمن في اتفاق الملاك الشركاء في ملكية الطبقات على تحديد حقوقهم على الأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة وكيفية الانتفاع بها والقواعد المتعلقة بإدارة هذه الأجزاء وتسييرها وقد نصت عليه المادة 748 من القانون المدني والتي تنص على مايلي: «يحدد نظام الملكية المشتركة الأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة وكيفيات الانتفاع بها وكذا القواعد المتعلقة بإدارة هذه الأجزاء وتسييرها. » وبالرجوع إلى نص المادة 11 من المرسوم 83-666 التي تنص على أن العقار المخصص للسكن تحظر فيه ممارسة جميع المهن الصناعية والتجارية والريفية باعتبار أننا في نظام خاص بالملكية المشتركة فإن كل ما يتعلق بالبناية الجماعية يقوم بناءا على اتفاق بين الشركاء في الملك كما تؤكد المادة 24 من المرسوم التشريعي 93-03 على وجوب إخضاع البنايات الجماعية لهذا النظام وتتجلى أهمية هذا النظام من أنه يصبح لاحقا المرجع الأساسي للشركاء في الملك وهو تجسيد للحماية القانونية المادة الملكية المشتركة المادة 769 وما يليها في القانون المدني بالإضافة إلى نصوص أخرى وفي حالة انعدام هذا النظام أو غموضه تكون الأحكام الواردة في القانون المدني وأحكام المرسوم 83-666 المعدل والمتمم هي المرجع المعمول به للفصل في النزاعات المثارة كما يجب الإشارة إلى أن نظام الملكية المشتركة يجب إخضاعها للشهر العقاري باعتباره من العقود الواردة على العقار عملا بأحكام المواد 324 مكرر1، مكرر4، مكرر5، مكرر6 من القانون المدني المواد 2، 8، 24، 28، 29، 30، 66، 67، من المرسوم 67-63 حتى تصبح لها حجية في مواجهة الغير.

ب/ **الجدول الوصفي للتقسيم:** هذا الجدول هو عبارة عن وثيقة تقنية وصفية للعقار، المادة 66 الفقرة04 والمادة 67 من المرسوم 67-63 والمادة 14 من المرسوم 83-666، ويمكن أن نجد هذا الجدول إما في العقد الاتفاقي للشركاء في الملك، أو في نظام الملكية المشتركة أو في دفتر الشروط ويشتمل عن مواصفات العقار المعين للبنايات الواردة في نص المادة 67 من المرسوم السابق الذكر ولا يشترط شكل معين للجدول الوصفي للتقسيم ويكفي أن يستعرض في إجراءات الشهر لاستيفاء قيمته وحجته القانونية ويتم تعديله بعد معاينة العقار أو القطع التي ينصب عليها التعديل بمقتضى الحالتين الواردة في المادة 68.

نطاق الملكية المشتركة:

كما قلنا سابقا أن الملكية المشتركة هي وصف يقتصر على البنايات المتعددة السكنات بدليل التسمية التي أوردها المشرع المادة 743 من القانون المدني وكذا المرسوم 83-666 ولا ينصب على جميع العقارات بل ثمة شروط واجب توافرها في العقار الذي يمكن بإخضاعه لنظام الملكية المشتركة وهي ما حددته المادة 743 من القانون المدني بنصها على

مايلي: «هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة. »

من خلال المادة يمكن استخلاص الشروط الآتية:

-وجود عقار مبني.

-تعدد الملاك في بناء واحد.

-أن تكون صفة الملاك في البناء.

أ/ **الأجزاء الخاصـــــة**: وهي تجسيد الملكية الفردية المستغلة في البنايات الجماعية (الأجزاء المفرزة) أو قد أطلق عليها المشرع تسمية الأجزاء الخاصة في المادة 744 من القانون المدني والمادة 02 من المرسوم 83-666 وتعد جزءا كاملا في نظام الملكية المشتركة ويجب على مالك الأجزاء المشتركة أن لا يتعسف في ملكية الأجزاء الخاصة وذلك حسب المادة 241 من القانون المدني و تطبيقا لنص المادة 124 مكرر من نفس القانون لا يجوز للمالك الإضرار بجيرانه الذين هم ملتصقون به سواء من العلو أو من الأسفل أو من اليمين أو اليسار حسبما تقرره المادة 10 من المرسوم 83-666 والتي تنص على مايلي: «كل شريك في الملكية مسؤول حيال الآخرين عن الاضطرابات الانتفاع والأخطار و/أو الحالات الإهمال والمخالفات المنصوص عنها في هذا الباب التي قد يكون ذاته أو أتباعه أو زواره أو الذين يشغلون محلاته بأي بصفة من الصفات، مرتكبين لها بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

لا يمكن لأي ولو بمرور الزمن أن يتحول إلى حق مكتسب ، المادة 690، 691 من القانون المدني. »

ب/ **الأجزاء المشتركـــــة**: تمثل جوهر الملكية المشتركة وهي الأجزاء المعدة للاستعمال المشترك بين الملاك زهي غير قابلة للقسمة لكونها شيوع إجباري وهو شيوع لا يمكن أن يخرج عن الأوضاع المقررة في أحكام المادة 713 من القانون المدني، من جانب تساوي الحصص الشائعة وتقضي المادة 719 من القانون المدني المتعلقة بالنفقات المنصبة على المال الشائع تقضي بتحمل كل شريك لها تبعا لحصته في المال الشائع.

ونلاحظ أن المشرع قد أخذ نفس الحكم في المادة 52 من المرسوم 83-666 وخالفها في نص المادة 48 من نفس المرسوم.

وبالنسبة للمشرع في نص المادة 745 من القانون المدني على أنه يحق للملاك الانتفاع بهذه الأجزاء واستعمالها ولكن لا يحق لهم التصرف فيها إلا في حالة انقضاء الشيوع الإجبار مثال: القوة القاهرة (ولا يبقى إلا مالك واحد للبناية).

وقد تبنى المشرع معيارين للتمييز بين الأجزاء الخاصة والمشتركة ويظهر ذلك من خلال نص المواد 743،1/744،1/745، من القانون المدني والمادة 2 و05 من المرسوم 83-666.

من خلال هذه النصوص نلاحظ أن المشرع اعتمد على معيار الاستعمال المشترك وقد تبنى كذلك في مواد 2/744 و2/745 من القانون المدني والمواد 03 و06 إلى 08 من المرسوم 83-666 معيار التعداد والأجزاء المحددة في المادة 744 و745 هي محددة على سبيل المثال.

كذلك الأمر في المرسوم 83-666 المادة 03الفقرة 13 والمادة 16 الفقرة 10 باستثناء الصنف الثالث من الأجزاء المشتركة الوارد في المادة 08 وهو وارد على سبيل الحصر.

آثار الملكية المشــــــتركة:

أ/ الحقــــــوق:

1- نصيب المالك الشريك في الملكية المشتركة: يحدد نصيب المالك الشريك في الملكية المشتركة على ضوء ما تقتضيه المادة 746 من القانون المدني و المادة 6،7،8، من المرسوم 83-666 من خلال تحديد نصيب المالك الشريك لجزئه الخاص وهذا هو المعروف من خلال وروده في عقد الملكية بمواصفات الشقة (من المساحة النافعة من الأجزاء المشتركة) وحصة كل شريك في الأجزاء المشتركة توجد ضمن الجدل الوصفي.

2- حصة الملاك الشركاء: لقد نصت عليها المادة 749، 756 مكرر، 756 مكرر1، 764 مكرر، 756 مكرر2،3، 764 مكرر 1، 764 مكرر2، 763 الفقرة02، 763 مكرر، 767 من القانون المدني.

بالإضافة إلى المواد من 23 إلـــــى 31 الفقرة 01 من المرسوم 83-666.

من خلال هذه النصوص يمكن أن نقول أن حقوق المالك الشريك تتجلى فيمايلي:

-حقه على الأجزاء الخاصة: ممارسة حقه على هذه الأجزاء من استعمال واستغلال وتصرف مع مراعاة القيود الواردة على هذا الحق والمنصوص عليها في المواد 124 مكرر، 690، 691، 749، 391 من القانون المدني والمواد 10، 11 الفقرة الأولى من المرسوم 83-666.

-حقه على الأجزاء المشتركة: يحق له ممارسة حق الاستعمال الجزاء المشتركة بكل حرية بشرط عدم المساس بحقوق الملاك الشركاء في الملكية وعدم استعمال هذه الأجزاء خارج الغرض المعدة من أجله (الاستعمال غير المألوف المادتين 748، 749 من القانون المدني والمادتين 12، 13 من المرسوم 83-666).

ب/ الالتزامــــــات:

يفرض حق الملكية واقع استلزام التعايش بين الملاك ضمن الملكية المشتركة وذلك وفقا لما تقتضيه طبيعة الجوار والتي تعتبر من القيود الخاصة التي يفرضها نظام الملكية المشتركة المنصوص عليها في المواد السابقة الذكر.

فإذا قام الملك الشريك بتصرف مادي من شأنه إحداث ضرر للملاك والشاغلين الآخرين في الجزء الخاص أو المشترك وبحكم الجوار وإذا كان الضرر غير مألوف فيحق لهؤلاء طلب إزالة الضرر عن طريق القضاء ويتعين على القاضي وبحكم

القانون والعرف وكذا موقع العقار بالنسبة للجيران الحكم لصالحهم على المالك المتسبب في الضرر طبقا لمقتضيات المادة 691 الفقرة 02 والمادة 756 مكرر، 124 مكرر من القانون المدني والمادة 10و 11 من المرسوم 83-666.

–التزامات اتجاه جمعية الشركاء: يلتزم المالك الشريك بدفع النفقات عن الأعباء التي يقتضيها تسيير الأجزاء المشتركة للبناية وصيانتها واعتمادا على نظام الملكية المشتركة المتفق عليه وإقامة الجمعية يتم بناءا على نص المادة 750 من القانون المدني، ويمكن تصنيف الأعباء طبقا لنص المادة 46،47،49 من المرسوم 83-666 إلى صنفين:

1– أعباء من الصنف الأول: والمتعلقة بالتسيير العادي والترميمات الصغيرة للأجزاء المشتركة وهي أعباء اعتيادية ومنتظمة يتطلبها السير الحسن للعقار مثل: الراتب الشهري للمتصرف الذي يمثل الجمعية، أجر البواب، دفع مبالغ الكهرباء بالنسبة للأجزاء المشتركة.

2–أعباء من الصنف الثاني: وترتبط هذه الأعباء بإدارة العمارة الجماعية وصيانتها و أمن الشركاء في الملك و/أو الشاغلين وهي التكاليف الكبرى والترميمات الضخمة غير الاعتيادية للعقار لنفقات ترميم الجدران وقنوات تصريف المياه القذرة أو تبيض الواجهات نصت عليها المادة 750 من القانون المدني والمادتين 46،47 من المرسوم 83-666.

ولقد نصت المادة 52 من المرسوم على أن الأعباء من الصنف الثاني توزع على أساس حصة كل شريك في الأجزاء المشتركة وقد استثنت المستأجرين بنص المادة 26 من نفس المرسوم.

ولقد أعطى المشرع الجمعية صلاحيات واسعة وذلك لأخذ كل التدابير اللازمة للحفاظ على العمارة وحسن سير الأجزاء المشتركة المواد 750 مكرر2، 764 من القانون المدني والمادتين 17، 36 من المرسوم وتعد الجمعية مسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالشركاء أو الشاغلين وتنعقد بعد إدراج المسائل في جدول الأعمال وتتخذ قراراتها بحسب الأغلبية المنصوص عليها في المواد 28،29،30 من المرسوم 83-666 ويمثل هذه الجمعية شخص يسمى المشتري ينتخب من طرف الجمعية (المادة 756 مكرر3 والمادة 29 من المرسوم 83-666) ويتولى إدارة العمارة والحفاظ عليها وحراستها (المادة 40 من المرسوم 83-666) كما له دور كاتب الجلسة (المادة 763 مكرر الفقرة 02 والمادة 25 الفقرة 02 من المرسوم 83-666) كما يقوم بتمثيل قرارات الجمعية (المادة 764 من القانون المدني و المادة 38، 39 الفقرة 02 من المرسوم 83-666) ويتولى تمثيلها أمام القضاء (المادة 764 الفقرة02 من القانون المدني والمادة 42 من المرسوم 83-666).

وفي حالة عدم تنصيب أجهزة إدارة الملكية المشتركة فإن المرسوم التنفيذي 94-59 المؤرخ في 1994/07/03 المعدل و المتمم للمرسوم 83-666 أجاز لأحد الملاك تسيير الملكية المشتركة بصفة استثنائية لغاية إنشاء جمعية الملاك الشركاء وذلك طبقا للمادة02 ويكون ذلك بعد استصدار أمر من رئيس المحكمة الواقعة في دائرة اختصاصها مكان العمار وإعلام المصالح المختصة في البلدية ويحل هذا الشريك محل الجمعية إلى غاية تنصيبها وهذا ما نصت عليه المادة

25، 26 من المرسوم التشريعي 93-03 ويعد هذا النظام التسيير الاستثنائي لإدارة الملكية المشتركة الذي أحدثه المرسوم التشريعي 93-03.

تم بحمد الله

وتوفيقه